RFJ

REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

No.4

Julio-Diciembre
2018

Portada: Portón de la antigua Universidad Católica del Ecuador,
acuarela de Oswaldo Muñoz Mariño.
Cortesía del alumno fundador Dr. Alfredo Fuentes Roldán.





Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 4
Julio-Diciembre 2018

ISSN: 2588-0837

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
www.puce.edu.ec

AUTORIDADES

Rector: Doctor Fernando Ponce León, SJ.
Vicerrector: Doctor Fernando Barredo Heinert, SJ.

Facultad de Jurisprudencia

Decano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Efrén Guerrero Salgado, PhD

Subdecano de la Facultad de Jurisprudencia:
Dr. Manuel Fernández de Córdoba

QUITO, ECUADOR

2018

Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Quito, Ecuador
www.edipuce.edu.ec

Gestión administrativa de la revista

*El Comité Editorial de la RFJ se encuentra integrado por los miembros del Equipo de Gestión Editorial y el Consejo Editorial. El Consejo Editorial asume la responsabilidad académica de la revista y se encuentra conformado exclusivamente por docentes e investigadores externos a la PUCE.

Esta revista se adscribe dentro de las actividades jurídico-investigativas realizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

ISSN: 2588-0837
URL: www.revistarfjpuce.edu.ec



Quito, Ecuador, 2018
EDITADO EN ECUADOR - EDITED IN ECUADOR



Revista Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Número 4
Julio-Diciembre 2018

ISSN: 2588-0837

SUMARIO DE LA REVISTA

EDITORIAL

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias.

En su segunda época, constituye un homenaje a la Revista inicial, publicada en 1999 y es resultado del invalorable apoyo recibido por parte del Dr. Efrén Guerrero Salgado, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien durante todo el proceso, actuó decididamente para facilitar las condiciones que permitieron el resurgimiento de la revista. A él debemos la portada y la aprobación final por parte de las unidades competentes que hicieron posible esta edición. Se edita en castellano, inglés, francés, italiano y portugués. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Por lo tanto, está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del Derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de científico-jurídicos, revisiones, análisis de actualidad, investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, notas de revisión, informes, miscelánea y traducciones originales.

La propuesta se encuentra en el marco de la misión de la PUCE, y busca contribuir de un modo riguroso y crítico, a la tutela y desarrollo del Estado de Derecho, la dignidad humana y de la herencia cultural, mediante la investigación, la docencia y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales.

El Consejo Editorial y de evaluadores externos está integrado por destacados académicos de las ciencias sociales de diferentes Universidades de Latinoamérica, Europa, Estados Unidos y Oceanía. Estos de forma conjunta al Equipo de Gestión Editorial conforman el Comité Editorial de la RFJ.

La Revista está abierta a la recepción de artículos durante todo el año, dentro de las fechas límites de cada uno de los números. Los docu-

mentos recibidos y seleccionados para publicación cumplirán con el sistema de revisión anónima por el sistema de «doble ciego» y las pautas reglamentarias establecidas.

Finalmente, se invita a todos los docentes e investigadores a que participen y compartan con nosotros futuras contribuciones.

Dirección RFJ

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

AGRADECIMIENTO Y PRESENTACIÓN

La Pontificia Universidad Católica del Ecuador como alma mater del conocimiento de las diversas disciplinas del saber, consciente que el núcleo fundamental de nuestra vivencia académica es la investigación y, por lo tanto, la promoción de espacios de participación para la producción científica, agradece:

Al equipo de investigación y publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia. Al equipo de asistencia editorial conformado por Renata Melissa Yunda López, René Gálvez Degado, Mariana Lozada Mondragón, Amparo Álvarez Meythaler y Edwin Javier Lamiña Singo.

A los revisores que actúan como pares ciegos verificadores de contenido y los lineamientos generales investigativos de la revista y la formulación y acoplamiento técnico de su estructura. A los autores que con su activa colaboración permiten el desarrollo de una investigación integral en el ámbito de la ciencia jurídica.

A la Dirección de Investigación y al Centro de Publicaciones por su invalorable apoyo durante el proceso de establecimiento y consolidación de la RFJ.

La RFJ representa un aporte original, fruto del trabajo coordinado de los miembros de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y prestigiosos académicos internacionales.

El proyecto editorial surge a partir de la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia que con gran dedicación generó el espacio propicio de interacción y colaboración científica, que facilitó el arduo proceso de elaboración documental que esta publicación conllevará. Así mismo, la exhaustiva revisión y aprobación por parte de pares externos no se puede dejar sin mención.

Por lo tanto, se puede concluir que la RFJ introduce un elevado grado de originalidad y trascendencia para la literatura jurídica nacional e internacional y favorece a la sociedad ecuatoriana en su conjunto. En ese sentido, debo reiterar que, a través de esta revista, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y su Facultad de Jurisprudencia

contribuye de modo incólume, con el progreso en la enseñanza del Derecho como disciplina científico-humanista.

Dr. Efrén Guerrero Salgado
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

ARTÍCULOS

Compliance program como herramienta en la lucha contra la corrupción en Ecuador

Compliance program as a tool to fight against corruption in Ecuador

José Ignacio Miranda Cifuentes
Investigador Jurídico, Gladys Terán Abogados Asociados

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 37-52, ISSN 2588-0837

RESUMEN: los programas de cumplimiento normativo o *compliance program* tienen como objetivo evitar el cometimiento de delitos dentro de una organización determinada, por este motivo, frente a la problemática de la corrupción en nuestro país, estos programas surgen como una opción justificada para identificar y sancionar las prácticas corruptas dentro de una organización. Sin embargo, en nuestro país no se encuentra regulada la institución del *compliance program*, por lo que resulta menester implementar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico para, desde una política de prevención eficaz, beneficiarnos de la práctica del *compliance* y sus efectos.

PALABRAS CLAVE: cumplimiento normativo, *compliance program*, corrupción, Estado, empresa.

ABSTRACT: the programs of compliance or compliance program aim to avoid the commission of crimes within a given organization, for this reason, in the face of the problem of corruption in our country, these programs emerge as a justified option to identify and sanction corrupt practices within an organization. However, the institution of the compliance program is not regulated in our country, which is why it is necessary to implement this institution in our legal system so that, from an effective prevention policy, we can benefit from the practice of compliance and its effects.

KEY WORDS: regulatory compliance, compliance program, corruption, State, company.

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este artículo es introducir a la discusión doctrinaria una institución de gran importancia que, desde una cultura de prevención, evita el cometimiento de delitos dentro de una organización determinada, sea en el sector público o privado, como es el *Compliance Program*, por lo que, ante los últimos casos de corrupción en nuestro país, en los que se ven inmersos funcionarios públicos de alto nivel, surgen ciertas dudas respecto a la postura del Estado frente a esta problemática, ya que, al existir, normas, controles y entidades públicas que luchan contra la corrupción, la apreciación obvia de la ciudadanía es que estos mecanismos de control no son suficientes. Por este motivo, en el presente trabajo se analizará la institución del *Compliance Program* como una herramienta eficaz para evitar el cometimiento de delitos, entre ellos, delitos de corrupción.

En este contexto, en una primera parte de la presente investigación se estudiará la institución del *compliance* de manera general, sobre sus antecedentes y el contenido en sí de estos programas. En segundo lugar, se analizará la incidencia del *compliance program* en dos de los ámbitos jurídicos donde se presenta con mayor fuerza, según los efectos positivos que surgen en materia penal y en contratación pública, a través de un estudio comparado, tomando como fuente la legislación española (respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas) así como las directrices de la Unión Europea y el sistema federal de contratación pública en EEUU. Por último, se propondrá un modelo de *compliance* aplicable al Ecuador encaminado a luchar, desde la prevención, contra la corrupción.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL *COMPLIANCE PROGRAM*

Para empezar con el presente trabajo es necesario entender al *compliance* como un “conjunto de políticas y estrategias previstas por cada empresa para prevenir, detectar y evitar prácticas de corrupción dentro de su estructura” Corporate Compliance Survey (2005, p. 1759), es decir, se trata de un mecanismo de prevención de cometimiento de delitos dentro de una organización determinada.

Estas estrategias se ven plasmadas en códigos de conducta, reglamentos internos, códigos de buen gobierno corporativo, etc.

Para prevenir el cometimiento de delitos el *compliance program* presenta dos fines generales: (i) sancionar la falta de conductas leales, transparentes y éticas; y (ii) determinar responsabilidad dentro de la organización, es decir identificar al personal que delinquió. En este sentido, dentro de la doctrina se distinguen dos sistemas de *compliance* aplicados según las necesidades propias de cada organización: centralizado y descentralizado. Wellner, P (2005)

El sistema centralizado se caracteriza por la existencia de un tercero, que no forma parte de la organización, a cargo del desarrollo y control del programa, en este sistema se designa un oficial de cumplimiento o *compliance officer*. Este oficial es el encargado de desarrollar todo el programa anticorrupción, de la investigación y documentación de estos incidentes, así como la supervisión y seguimiento a las necesidades regulatorias de cada empresa. Fine, M. (2013) Además, el sistema descentralizado se encuentra dirigido por directivos de la empresa o senior managers que se encargan directamente de desarrollar e implementar el programa basado en "líneas de negocio que [...]deben responder al presidente de la compañía, y posiblemente a un comité de auditoría, [...] a su vez, debe establecer los objetivos y proporcionar guías". Fine, M. (2013, p.12) Como se evidencia en el primer caso, existe una organización ajena a la empresa encargada de crear los programas de cumplimiento y establecer los mecanismos de control y sanción, así como, auditorias periódicas a base de los riesgos y necesidades de la empresa que contrata sus servicios para implementar el *compliance*[1]; además, en el caso del sistema descentralizado, son sus directivos los encargados de realizar estas funciones.

Por lo antes dicho, se colige que cada modelo aplicable responde a la estructura y organización propia de la empresa según los riesgos que se derivan de las actividades que esta presta, en tal virtud, el *compliance officer* debe ser un profesional que al no formar parte de la organización, es un tercero encargado del desarrollo del programa, su contenido según de la investigación de riesgos de la empresa, así como el control interno de cumplimiento del programa; asimismo, en el sistema descentralizado, estas atribuciones son encargadas a los altos directivos de la empresa.

1 Por lo general, el compliance officer es un estudio jurídico especializado en la creación, implementación y control de los programas de cumplimiento.

Al contener el *compliance program*, un estudio de riesgos que se derivan de la actividad propia de la organización, sea esta pública o privada, no se puede decir con precisión cuál es el contenido exacto de un programa de cumplimiento, lo que puede ser visto, según Gordon, S., como una ventaja en la medida que su carácter abierto permitiría su continua adaptación a la realidad cambiante de la actividad empresarial (2010). Sin embargo, Gómez-Jara Díez, C. ha establecido como requisitos mínimos respecto al contenido del *compliance program* los siguientes:

> (1) existencia de un código de conducta escrito; (2) supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado; (3) no delegación de poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva; (4) comunicación efectiva de los estándares y procedimientos contenidos en los códigos de conducta; (5) reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios; (6) adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción. (2006, p. 77)

Así, por ejemplo, una constructora que contrata con el Estado no presenta los mismos riesgos que una importadora de insumos tecnológicos, según los delitos que su personal pueda cometer. Así mismo, estos programas son aplicables a instituciones del Estado para evitar delitos de corrupción contra la administración[2] o la implementación del *compliance* dentro de organizaciones, movimientos o partidos políticos. Serrano Espelta, H (2015)

Independientemente del programa que más se ajuste a las necesidades de la organización, cada programa debe ser "claro , conciso y completo" Shapiro,K.[3] (2003 p. 40), por el contrario, estos programas serían ineficaces, por lo que resulta menester que los programas sean

---

2 Ver: COIP Art. 278 Peculado; Art.279 Enriquecimiento ilícito; Art 280 Cohecho; Art. 281 Concusión; etc.

3 Sostiene que para que los programas de *compliance* sean "claros, concisos y completos" deben contener:
(i) Un análisis de riesgos acorde con la actividad económica de la empresa. (ii) Los programas deben ser promulgados dentro de la empresa para que todos sus integrantes la conozcan. (iii) Un sistema de sanciones y canalización de denuncias dentro de la organización, y; (iv) La designación de un órgano autónomo superior encargado de la supervisión y control.
Ver: Shapiro, Karen L. "10 Steps to a better day: The key components of *compliance*". Business Law Today. Volume 13, No. 1. American Bar Association, (2003). Traducción libre.

promulgados dentro de la empresa para que todo el personal lo conozca y lo acate, caso contrario, los sistemas de cumplimiento son solo un conjunto de buenas intenciones, ya que estos deben ir acompañados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento. Nieto, M. (2013)

En tal sentido, al surgir esta práctica de varios riesgos potenciales, sus ámbitos de aplicación son extensos según la necesidad regulatoria de la empresa, entre ellos, Nieto Martin A. (2013) destaca: la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, prevención de lavado de activos, prevención contra actos de corrupción, el abuso de mercado o el mercado de valores, etc.

En este sentido, podemos concluir que al existir un programa efectivo de *compliance* dentro de una empresa existen también varias ventajas e incentivos que se presentan en la organización: en primer lugar se crea un mejor ambiente laboral ya que se consolida un sentimiento de pertenencia a la empresa por sus buenas prácticas organizacionales, por lo que mejora la producción de la compañía en tanto sus trabajadores conocen el código de conducta, los procedimientos a seguir y la autoridad a quien acudir en caso de detectar una conducta ilícita; la imagen de la compañía con los clientes mejora, ya que estos buscan confianza y seguridad; de la misma manera, gracias a las prácticas de conductas honestas apegadas a la ley, el país en general percibe más ganancias por el incremento de inversionistas extranjeros, y, a su vez, mayor confianza de la población en general. Desio, P. (2014)

Esta herramienta no es tan novedosa, ya que la regulación de *compliance* surge en Estados Unidos a raíz de la promulgación de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el 20 de diciembre de 1977. Esta ley, como lo menciona McGreal, E. (2009), presentaba dos objetivos principales: (i) sancionar a personas (naturales o jurídicas) que provean cualquier pago, promesa o recompensa a un oficial del gobierno extranjero por obtener o retener un negocio; (ii) sancionar a organizaciones que realicen pagos a un tercero, sea este intermediario, agente o contratista, sabiendo que para obtener cierto beneficio le pagaría de igual manera a un oficial del gobierno extranjero.

En ese contexto, el *compliance program* o "cumplimiento normativo" ha tomado mayor importancia en las dos últimas décadas debido a los casos de corrupción que se mantienen presentes en la región, esta pro-

blemática surge a raíz del desarrollo económico en los países generado por la globalización que promueve el incremento de intercambios comerciales, así como, el incremento en mayor volumen de información sobre las actividades comerciales y políticas a nivel nacional e internacional. López Pagán, J. y Villoria M. (2009)

Frente a esta problemática[4] y gracias al desarrollo normativo por parte de EEUU, en la región, de a poco se ha ido incrementando estas prácticas de prevención, en este sentido, Latinoamérica ha desarrollado mecanismos y ha implementado leyes para combatir la corrupción y tratar de erradicarla. Por lo que, a manera de antecedente, encontramos la Convención Interamericana Contra la Corrupción, en Caracas, Venezuela,[5] que en su artículo 2 establece como propósitos de dicha convención los siguientes:

> 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
>
> 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. (OEA, 1996). En nuestro país, encontramos como deber primordial del Estado, garantizar a sus habitantes una sociedad libre de corrupción[6]. Como podemos observar, de la normativa citada anteriormente, en la actualidad existen mandatos legales nacionales como internacionales, que sustenten la creación y desarrollo de los programas de cumplimiento normativo o *compliance*, por lo que resulta ineficaz

4 Ninguno de los veintiséis países que conforman Latinoamérica alcanza un lugar dentro de los diez primeros puestos con menor índice de corrupción en el mundo. El país mejor puntuado de la región es Uruguay, que ocupa el vigésimo primer puesto, con una calificación de 74 puntos. Mientras que el país latinoamericano con la calificación más baja es Venezuela, que obtuvo 8 puntos, y el puesto número 158. Transparencia Internacional. Índice de Percepción de la Corrupción 2017. http://goo.gl/cNqvga.

5 Esta se promulgó mediante la Convención de la Organización de Estados Americanos (OEA), firmada por 22 de los 35 miembros de la Organización en marzo de 1996.

6 Art. 3 de la Constitución. - Son deberes primordiales del Estado: 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

que frente a la problemática de la corrupción en la región las organizaciones, públicas o privadas, no cuenten con estas herramientas, cuyos efectos y beneficios serán tratados a continuación.

2. EFECTOS JURÍDICOS DEL “COMPLIANCE PROGRAM” FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS SEGÚN EL CASO ESPAÑOL

Para nuestro estudio, encontramos en el sistema procesal penal español que cuando una empresa se ve inmersa en un proceso penal, al acreditar la existencia de un programa de cumplimiento eficaz la responsabilidad penal se elimina o se atenúa según el caso, estas ventajas varían dependiendo de las personas que comenten el delito, el momento del cometimiento del ilícito o según el estadio procesal en que se acredite la existencia del programa.

De esta manera, para que la responsabilidad penal de la persona jurídica se elimine, según el artículo 31 del Código Penal español, es necesario que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.[7]

7 Art 31: A) Delitos cometidos por representantes legales, o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. (Art. 31 bis 2 CP). En estos supuestos, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sí se cumplen las siguientes condiciones:
1.ª El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
2.ª La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
(El Legislador se refiere al oficial o comité de cumplimiento o *compliance officer*)
3.ª Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

En este sentido, el efecto de la acreditación es que se extingue la facultad que la empresa responda penalmente y esta responsabilidad recaiga sobre la persona natural miembro de la organización que realizó la conducta penalmente reprochable. De igual manera, una vez implementado el programa es necesario que este sea confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. (*compliance officer*).

Además, frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para que la pena sea atenuada, es necesario prestar todas las facilidades de cooperación dentro del proceso penal, así como establecer, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.[8]

Como podemos evidenciar, en ambos supuestos el legislador español se está refiriendo a la implementación en las empresas de planes

---

4.ª No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de cumplimiento...

B) Actuaciones cometidas por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado A) (Art. 31 bis 4 CP)

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sí, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

8 Art 31: son circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las siguientes:

1. La acreditación parcial de las circunstancias eximentes. (Art. 31 bis 2 y 4 CP)

2. Haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades (art. 31 quater CP):

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

de prevención de riesgos o *compliance*, la existencia de estos programas eximen la responsabilidad penal de la persona jurídica si la empresa ha implementado un programa de *compliance* efectivo antes del cometimiento del ilícito, mientras que sí se implementa el plan después del conocimiento del cometimiento del delito con fines de evitar que estas conductas se vuelva a repetir, la pena se atenúa.

En este sentido, Osvaldo Artaza menciona que el fundamento de esta ventaja en materia penal obedece a que la responsabilidad penal propia de la empresa se basa en un defecto de organización, por tal razón, la responsabilidad de la empresa no deriva delito cometido por uno de sus ejecutivos o representantes, sino que es consecuencia del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de los deberes de dirección y supervisión de la entidad, que se traducen fundamentalmente en su incapacidad para prevenir su utilización para la comisión de delitos. (2013)

A base de lo antes mencionado, la sentencia STS 154/2016, de la Corte Superior Española, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, menciona que el fin del *compliance* se basa en "la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización" (Tribunal Superior de Justicia, 2016)

En este contexto, constatada la realización del hecho delictivo, lo que ha de demostrarse en el proceso penal por parte de fiscalía es que la persona jurídica, de manera continuada, no había adoptado medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido. Asimismo, es la persona jurídica la que debe demostrar en el proceso, que implementó un programa eficaz que evite el cometimiento del delito por el que se imputa, que su análisis de riesgos ha sido correcto y no le resultaba exigible desarrollar medidas de prevención en relación con riesgos penales no relevantes según los riesgos propios de la empresa al desarrollar su actividad económica. Artaza, O. (2013)

A base de lo dicho anteriormente, podemos decir que los programas de cumplimiento normativo constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe implementar para contar con una organización proba y no ser responsable penalmente o ver rebajada su pena en el caso en el que alguno de sus integrantes (administradores, directivos, trabajadores, etc.) cometa un delito en el desempeño de sus funciones.

3. *COMPLIANCE PROGRAM* Y SUS EFECTOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Podemos afirmar que la eficacia de estos modelos no queda reducida al ámbito penal, sino que son reflejo de una cultura de cumplimiento y ética empresarial que abarca todas las actividades de la persona jurídica, en este sentido encontramos que, en materia de contratación pública, la exigencia de estos programas en procesos de licitación ha surgido cada vez con más fuerza frente a la problemática de la corrupción.

Para iniciar tomaremos como ejemplo el caso europeo, que exige la implementación de estos planes para contratar con el Estado.[9] Las directivas de 2014 exigen que los licitadores demuestren la implementación de programas eficaces de *compliance* con el objetivo de prevenir y luchar contra la corrupción, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia. También, encontramos que en Estados Unidos, que es el país pionero en temas de cumplimiento normativo y el que ha alcanzado un mayor desarrollo en la materia, desde el año 2008 ha implementado un sistema de contratación en virtud del cual "para poder ser siquiera una entidad capaz de contratar con la administración pública federal, debe contar con un programa de cumplimiento *anti-corrupción*". (López Donaire, M. 2016, p.73)

Como lo menciona Hartmann, W. (2012), estos programas referidos a la contratación federal se fundamentan en cuatro objetivos básicos: integridad al tratar con funcionarios federales (prohibición de promesas, dádivas o recompensas; prohibición de ofrecer puestos en el sector privado tras abandonar el servicio público, etc.); honestidad en el intercambio de información (prohibición de cualquier tipo de falsedad documental, etc.); consolidación de relaciones éticas con terceras partes (prohibición de *kick-back*[10], etc.); fomentar la competencia leal.

9 El 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron tres nuevas Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, sobre contratación pública y 2014/25/UE, relativa a la contratación que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

10 Con la expresión "Kick-back" se alude básicamente a aquellos supuestos en los que el administrador o el representante de una empresa, en el momento de cerrar un contrato, acuerda con la otra parte contratante que esta le entregue una comisión que, posteriormente, repercute al alza en el importe total que acaba pagando su empresa al adquirir el producto o servicio contratados. Kaikati, G (200,p. 54)

Para cumplir con estos objetivos, cualquier empresa que contrate con el gobierno federal debe disponer de un sistema de *compliance* que contenga los siguientes elementos:

> Un mapa de riesgo, un código ético y formación adecuada sobre el mismo; revisión periódica para asegurar la ética de cumplimiento; un mecanismo para reportar las conductas ilegales; determinadas instrucciones que incentiven a los empleados a reportar; auditorías internas o externas; acciones disciplinarias frente a la conducta ilegal; reportar a tiempo a la administración pública; colaboración plena con las agencias gubernamentales que se encarguen de perseguir las conductas ilegales. (López Donaire, M. 2016, p.27)

Como podemos evidenciar de los casos expuestos anteriormente, tanto en Europa como en EEUU, la exigencia del *compliance* en materia de contratación se ha presentado con más fuerza. Nuestra región no debe ser la excepción frente al desarrollo de políticas de prevención de delitos encaminados a la lucha contra la corrupción ya que los grandes casos de corrupción presentados en la región han surgido, justamente, en materia de contratación pública, por lo que los Estados deberían promover estas prácticas y replicarlas, no obstante, también sería deseable, como señala NIETO MARTÍN (2014), que las Administraciones Públicas adoptaran en su seno medidas de prevención eficaces, inspirado en los programas de *compliance* de las empresas privadas, lo que él denomina *public compliance*[11] para detectar o mitigar los riesgos no solo desde el ámbito penal.

4. APLICACIÓN DEL *COMPLIANCE PROGRAM* EN EL ECUADOR EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La corrupción es uno de los mayores problemas que azota a nuestra sociedad, cada vez son más sofisticadas las formas de delinquir, así como los actores que se involucran en estos casos. Ya que como lo menciona Fons, J. Frente a esta dinámica los delitos se van perfeccionando, lo que genera varios efectos nocivos para el país. En primer

11 Establece que dentro de la administración pública se deben replicar los programas de *compliance* con su contenido y sus objetivos, ya que detrás de un acto de corrupción, generalmente, hay un funcionario público involucrado. Ver: NIETO MARTÍN, A: "Public *Compliance*. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos". Ed. Tirant lo Blanc, 2014.

lugar, el Estado se ve afectado en la recaudación de impuestos, considerando que no existe declaración alguna por parte de los grupos que operan de manera ilícita. (2003)

En segundo lugar, para poder encontrar a los responsables de los delitos cometidos, se debe activar el aparataje estatal y sus colaboradores; es decir, el gasto público destinado a seguridad crece en correspondencia al alza de índices de inseguridad y delincuencia. Por último, la participación de funcionarios públicos y de figuras políticas en ciertos casos de corrupción, crea desconfianza respecto de estas instituciones de manera general y, por ende, de todo el sistema. Lo que a su vez crea inseguridad jurídica y, en consecuencia, falta de interés por parte de compañías e inversionistas extranjeros, de ahí la necesidad de regular los programas de *compliance* en el país. Bedoya M. (2017)

Por lo antes dicho, y frente a esta problemática, una de las medidas que se deben implementar en el país es la exigencia del *compliance* en materia de contratación pública como uno de los requisitos para contratar con el Estado, en este sentido, el programa de cumplimiento normativo, siguiendo los lineamientos internacionales, deberá evitar al menos el cometimiento de delitos contra la administración pública. Para lograr este propósito se debe establecer un mecanismo de recepción de denuncias dentro de la empresa; así como los mecanismos para detectar, a base de auditorías y controles internos, cualquier evento sospechoso que pueda ser catalogado como la comisión de un delito.

Sin embargo, esta implementación no resultaría del todo atractiva, ya que ni a las empresas ni a las entidades públicas les interesaría denunciar actos delictivos de corrupción, que surgen en el seno de sus actividades y que podrían involucrar a altos directivos o funcionarios públicos, si no es posible la aplicación de alguna circunstancia de favorabilidad que beneficie la situación penal de la persona jurídica. En ese sentido encontramos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) un régimen de responsabilidad penal aplicable a las Personas Jurídicas, es decir, cuando se incurre en una conducta de las tipificadas en el COIP, el proceso penal puede dirigirse no solamente contra el autor persona natural, sino también contra la persona jurídica. Sin embargo, podríamos afirmar que este tratamiento normativo en el COIP es incompleto, ya que no existen actualmente en nuestro sistema penal circunstancias modificatorias de la pena que favorezcan la situación penal, en ciertos casos, de las personas jurídicas.

Por esta razón debería incorporarse la aplicación del *compliance* en materia penal, para completar la teoría delictiva respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador, ya que como se mencionó, lo que se sanciona no es el cometimiento en sí del delito, sino un defecto de organización dentro de la empresa, en este sentido, las personas jurídicas, deberían poder contar con mecanismos que atenúen o eximen su responsabilidad penal con el objetivo que la responsabilidad recaiga contra la persona natural que cometió el ilícito, permitiendo a la empresa demostrar, a través de la existencia de un programa de *compliance*, que no existe tal falla o defecto en la organización de la empresa, ya que al demostrar solvencia organizacional, quedaría fuera del poder sancionador del Estado. Araujo, P. (2014)

5. CONCLUSIONES

Frente a la problemática de la corrupción en la región los programas de cumplimiento son creados y puestos en práctica para prevenir y detectar la mala conducta, así como para asegurar que las actividades empresariales se realicen de conformidad con las leyes aplicables. Dicho modelo se convierte de forma unívoca en el instrumento válido para que la organización pueda acreditar el ejercicio de las tareas de supervisión y control encomendadas, y a su vez, recibir los beneficios de la aplicación del *compliance program*. En este sentido, en el Ecuador es necesaria una reforma al COIP, que integre la posibilidad de acreditar la existencia de un programa de cumplimiento normativo como una circunstancia de favorabilidad penal que atenué la pena o elimine la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Asimismo, el Estado debe fomentar e impulsar la autorregulación en las empresas privadas, ya que la adopción de programas de *compliance* tiene un mayor alcance en el ámbito de la contratación pública reduciendo el riesgo de cometer delitos, por lo que resulta necesario en el Ecuador una reforma que establezca como requisito indispensable para contratar con el Estado, que la empresa cuente con un programa de *compliance* efectivo para evitar actos de corrupción desde una cultura de prevención.

Como se abordó en el presente trabajo, los beneficios del *compliance* son varios, por lo que la práctica del *compliance* resulta sumamente productiva, no solo en aspectos económicos para la empresa, sino también para la sociedad en general, ya que estos mecanismos de prevención

podrán posicionar a las empresas en *rankings* más altos, y garantizar transparencia en los servicios brindados. En tal virtud, gracias a una correcta política de prevención que integre las necesidades de los principales actores económicos (empresa, Estado y sociedad) se puede acabar, o la menos reducir los índices de corrupción en nuestro país.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo, P. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en el Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Artaza, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal" polit crim. Vol. 8, Nº 16 (diciembre 2013), [http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A6.pdf]

Bedoya M. (2017). *Compliance: su evolución y desafíos en Ecuador ¿hacia dónde ir?.* Universidad San Francisco de Quito. USFQ Law Review

Código Penal Español

Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996).

Corporate Compliance, Committee ABA Section of Business Law. *Corporate Compliance Survey.* The Business Lawyer. Vol. 60, No. 4 (2005). Traducción libre.

Desio, P. (2014). *An Overview of the Organizational Guidelines.* United States Sentencing Commission.Traducción libre.

Fine, E. (2003). *Putting the pieces together: A game plan for an effective Compliance structure.* Business Law Today. Volume 13, No. 1. American Bar Association. Traducción libre.

Fons, J. (2003). *The case for compliance: Now it's a necessity, not an option.* American Business Law. Volume 13, No. 1. American Bar Association. Traducción libre.

Gómez-Jara Díez, C. (2006). *La responsabilidad penal de las Empresas en los EEUU*, Sevilla: Ed. Fundación Ramón Areces.

Gordon, S. (2010). *Implementation of Effective Compliance and Ethics Programs and the Federal Sentencing Guidelines* en: VV. AA., Corporate Compliance Answer Book (2010). Estados Unidos: Ed. Practising Law Institute. Capítulo 2 disponible en Web: http://www.pli.edu/product_files/booksamples/26962_sample2.pdf.

Hartmann, W. (2012). *Effective Government Contract Compliance Strategies in a Constantly Evolving Legal Landscape,* en: Government Contracts Compliance.

Kaikati, G. et al. (2000). *The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act*. Journal of Business Ethics. Volumen 26, No. 3. Springer, p. 213. Traducción libre.

López Donaire, M. *Los Programas De Compliance y Su Reflejo En La Contratación Pública* GABILEX Nº 6 junio 2016. www.gabilex.jccm.es

López Pagán, J. y Villoria, M. (2009). *Globalización, corrupción y convenios internacionales dilemas y propuestas para España.* Madrid: Real Instituto Elcano.

McGreal, E. (2009). *Corporate Compliance Survey. The Business Lawyer.* Volumen 65, No. 1. American Bar Association. Traducción libre.

Nieto Martin, A. (2013). *Problemas Fundamentales Del Cumplimiento Normativo En El Derecho Penal.* «Good citizens corporations: Programas de cumplimiento normativo en entidades públicas». Ref. POII10-0105-614.

Nieto Martin, A. (2014). *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ed. Tirant lo Blanc.

Serrano Espelta, H. et al. (2015). *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Grupo Interamericano de la práctica de compliance. Primera ed. Bogotá: Brigard & Urrutia Abogados.

Shapiro, K. (2003). 10 *Steps to a better day: The key components of compliance*. Business Law Today. Volume 13, No. 1. American Bar Association. Traducción Libre.

STS 154/2016 España Tribunal Superior Penal

Wellner, P. (2005). *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*, N27, Cardozo Law Review, New York.

Recibido: 17 de junio de 2018

Aceptado: 8 de noviembre de 2018

José Ignacio Miranda Cifuentes: Investigador Jurídico, Gladys Terán Abogados Asociados.

Correo electrónico: jimc92.jm@gmail.com

La Regulación del *Lobbying*: Una tarea pendiente en Ecuador

Lobbying Regulation: A pending task in Ecuador

Mtr. Víctor Augusto Espinosa Jácome
Investigador Jurídico Independiente

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 53-86, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este documento es un análisis de la regulación del *lobbying* como un mecanismo de participación política de los actores de la sociedad civil, desde las propuestas teóricas que consideran que la transparencia aporta a la legitimidad de esta actividad. En este artículo se utiliza una metodología analítica comparativa para demostrar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a diferencia del chileno, peruano, argentino y colombiano, carece de instrumentos regulatorios para transparentar la influencia de los "grupos de presión" en los procesos de toma de decisiones públicas.

PALABRAS CLAVE: lobby, sociedad civil, democracia, regulación, política pública.

ABSTRACT: this paper analyze the *lobbying* regulation as a political participation mechanism acquired and commonly used by civil society. It draws a theoretical framework that argues how transparency contributes to *lobbying* legitimacy. Through an analytic comparative method, it is the aim of the article to prove lack of instruments within the Ecuadorian legal system, in contrast with the Chilean, Peruvian, Argentines and Colombian law, in order to foster transparency of interest groups influence.

KEY WORDS: lobby, civil society, democracy, regulation, public politics.

INTRODUCCIÓN

En el contexto de la globalización, los instrumentos regulatorios de los Estados nacionales van perdiendo eficacia ante las nuevas dinámicas económicas. Así mismo, los mecanismos tradicionales de la democracia representativa son insuficientes para procesar las demandas sociales. Una de las respuestas a esta problemática es la teoría de la gobernanza. De acuerdo con estos postulados, existe una ruptura entre el Derecho y las relaciones económicas que no la pueden saldar ni los Estados ni el mercado, por sí solos. En consecuencia, una de las soluciones a este dilema sería la participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones públicas mediante la conformación de redes colaborativas que incluyen a las corporaciones y a las asociaciones civiles *v.* (Sousa Santos y Rodríguez Garavito, 2007).

Para que estas redes asociativas tengan éxito se requiere que los ordenamientos jurídicos garanticen mecanismos participativos mediante los cuales, los grupos de la sociedad civil puedan incidir en las decisiones públicas. De esta forma, la interacción de este tercer sector con los actores del Estado y el mercado generaría los equilibrios necesarios para unas relaciones económicas que garanticen el interés general *v.* (Rubio, 2007).

En abstracto, el *lobbying* es la influencia que ejercen los "grupos de presión" en las decisiones legislativas o en la formulación de políticas públicas *v.* (Ridao, 2017). La doctrina define el término "grupo de presión" como un conjunto de personas organizadas que pretende influir en los cargos públicos en beneficio de sus intereses. En este mismo sentido, la Comisión para la Democracia por medio del Derecho del Consejo de Europa (Comisión de Venecia) aclara que se tratan actores extrainstitucionales, por lo que los define de las siguiente manera: "personas o entidades que no actúan en el ejercicio de una autoridad pública o mandato constitucional" (European Comission for Democracy Through Law, 2013, pág. 4). De estos conceptos se deduce que este sector es parte de la sociedad civil. Por lo tanto, el *lobbying* se incluye entre los mecanismos participativos que se promueven desde la gobernanza.

Una de las principales discusiones en torno al *lobbying* tiene que ver con su legalidad. Lo que se debate es si esta actividad implica necesariamente la comisión de delitos como el tráfico de influencia, el cohecho, o el beneficiarse de información privilegiada. Esto se asocia a las intenciones ocultas que tendrían ciertos "grupos de presión" y a que

los intereses particulares que defienden podrían ser contrarios al interés general. En este mismo sentido, se plantea como un mecanismo permeable a las prácticas corruptas.

Los delitos relacionados con la corrupción están prohibidos por la legislación penal. No obstante, no todas las actividades que abarca la definición abstracta de *lobbying* implican una práctica delictiva. Por lo tanto, cuando no se incurre en una infracción, no solo que se trata de una práctica legal, sino que es un mecanismo mediante el cual los "grupos de presión" ejercen sus derechos de participación para defender sus intereses.

Otro de los dilemas que plantea el *lobbying* es sobre su legitimidad. El principal cuestionamiento al respecto es que la representatividad de los "grupos de presión" no proviene de los mecanismos electorales tradicionales. La pluralidad de los actores que pretenden influir en las decisiones públicas dificulta apreciar la compatibilidad de sus pretensiones con el interés general y el grado de convergencia de sus exigencias con las verdaderas demandas de los sectores sociales que argumentan representar.

En este sentido, las teorías críticas a la gobernanza sostienen que en los procesos participativos se imponen los intereses de los actores dominantes en el mercado y se termina excluyendo a los sectores mayoritarios de la sociedad. Por lo tanto, estos mecanismos no estarían cumpliendo con el objetivo de equilibrar las relaciones entre Estado, mercado y sociedad civil; sino que únicamente serían útiles para darle una falsa legitimidad a la desregulación *v.* (Sousa Santos & Rodríguez Garavito, 2007).

Una de las soluciones que se plantea ante estos cuestionamientos es incorporar instrumentos que transparenten estos procesos participativos. Para compatibilizar el *lobbying* con la democracia, ciertos sectores sugieren que estas actividades sean identificables para la ciudadanía. Por ejemplo, el reporte On The Role Of Extra-Institutional Actors In The Democratic System (*Lobbying*) de la Comisión de Venecia concluye que para cumplir con los estándares democráticos es necesario que se incorpore legislación que garantice la transparencia *v.* (European Comission for Democracy Through Law, 2013).

La regulación del *lobbying* no es un fenómeno nuevo en Estados Unidos. El ordenamiento jurídico estadounidense cuenta con legislación sobre la materia desde 1946. Sin embargo, este tema es relativamente reciente en la agenda política de los demás países. Durante el siglo XX, solo Canadá y Australia se sumaron a la lista de Estados en los que esta discusión tuvo

relevancia en la opinión pública. Es desde principios de siglo que este tópico empieza a debatirse en Europa y Latinoamérica *v.* (Córdova, 2017).

A nivel de Sudamérica, solo en Chile y Perú se han promulgado leyes específicas sobre *lobbying*. En Colombia se introdujo en la Constitución el mandato de regular el cabildeo, existe un proyecto de ley en trámite y una Resolución de la Cámara de Representantes, aplicable solo para este organismo *v.*(Córdova, 2017). Así mismo, los parlamentos de Brasil *v.* (Cristaldo y Brito, 2017) y Argentina *v.* (Arbia, 2017) se encuentran gestionando propuestas normativas al respecto. Actualmente, el ordenamiento jurídico argentino prevé un decreto del Presidente de la República que reglamenta "la gestión de intereses", pero se restringen únicamente al poder ejecutivo federal *v.* (Novaro, 2015).

Si se tiene en cuenta este marco teórico, la hipótesis de la cual parte el presente artículo es que el ordenamiento jurídico ecuatoriano carece de instrumentos jurídicos suficientes para transparentar el *lobbying*. Con el objetivo de demostrar este postulado, se utiliza un método de investigación analítico comparativo para revisar el estado de la legislación sobre esta materia en Ecuador; en contraste con la de Chile, Perú, Colombia, Argentina y Brasil.

Para alcanzar esta finalidad, en el primer epígrafe del este artículo se profundiza en los conceptos relacionados con el *lobbying* y en la discusión teórica sobre su legitimidad. En una segunda parte se analiza los instrumentos participativos que prevé el ordenamiento jurídico ecuatoriano para constatar que son insuficientes para regular esta práctica. Finalmente, se revisa, como referencia, la legislación sobre la materia de los países sudamericanos señalados en el párrafo anterior.

1. CONCEPTOS RELACIONADOS CON EL LOBBYING Y DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE SU LEGITIMIDAD

1.1. ¿Qué es el lobbying?

Los conceptos de *lobbying* previstos en la doctrina, los instrumentos de derecho blando y la legislación de los países sudamericanos no presentan divergencias relevantes entre sí. Una acepción amplia de esta actividad es la siguiente: "Presión organizada frente al Poder Público" (Córdova, 2017, pág. 19). En este mismo sentido, la definición

de la OCDE es la siguiente: "Cualquier comunicación directa o indirecta con agentes públicos o representantes políticos con la finalidad de influenciar la toma de una decisión pública, desarrollada por o en nombre de un grupo organizado" (OECD, 2013). Mientras tanto, en el Libro Verde de la Iniciativa Europea en Favor de la Transparencia de la Unión Europea se entiende esta práctica como lo subsecuente: "todas las actividades que se realicen con el objetivo de influir en los procesos de elaboración de políticas y de toma de decisiones de las instituciones europeas" (Comisión Comunidades Europeas, 2006, pág. 5). Las definiciones generales de *lobbying* son tan amplias que podrían abarcar incluso prácticas corruptas, sancionadas por las legislaciones penales. Sin embargo, la influencia en el proceso de toma de decisiones de los cargos públicos, no implica un delito en todos los casos. Incluso, cuando se excluyen los actos delictivos, esto es un instrumento legítimo de participación democrática. Por lo tanto, estas conductas deben ser diferenciadas.

Sería equivocado sostener que la regulación sobre el *lobbying*, entendida genéricamente, excluye a los delitos. La legislación en materia penal también es un instrumento regulatorio. Por lo tanto, estas conductas, que están incluidas en la definición más abstracta del concepto *lobbying*, son reguladas por el ordenamiento jurídico mediante su prohibición. No obstante, la aproximación de la presente investigación a este fenómeno no es desde el Derecho Penal. En consecuencia, los actos delictivos no son parte del objeto de estudio.

Como se mencionó en la Introducción, los ordenamientos jurídicos de algunos países de Sudamérica no se han limitado a prohibir el *lobbying* ilegal, sino que también regulan las prácticas no delictivas. Estas normas jurídicas contienen conceptos similares a los indicados en los párrafos anteriores, pero que, por su finalidad, se entiende que abarcan únicamente la acepción de esta actividad que no está proscrita por la legislación penal. En la *Ley 28024 que regula la Gestión de Intereses en la Administración Pública de Perú*, al *lobbying* se lo denomina "gestión de intereses" y se lo define así[12]:

> La actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas.

12 Perú. (2003). Ley N. 28024 que regula la gestión de intereses en la administración pública.

De igual manera, el Decreto 1172/2003 argentino, que regula la "gestión de intereses" en el poder ejecutivo, la define de la siguiente forma[13]:

> Toda actividad desarrollada – en modalidad de audiencia – con personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros – con o sin fines de lucro – cuyo objeto consista en influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones y/o decisiones de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y de todo otro ente que funciones bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

La definición de "gestión de intereses" prevista en el literal a) del artículo 2 del Proyecto de Ley Gestión de Intereses argentino[14], que se está tramitando en el parlamento, no presenta mayores discrepancias con la del Decreto 1172/ 2003. La diferencia más relevante no es en el concepto, sino en el ámbito de aplicación que no se limita únicamente al poder ejecutivo.

En el ordenamiento jurídico colombiano al *lobbying* se lo denomina "cabildeo". El artículo 12 de la Resolución N. MD-2348 de la Cámara de Representantes[15], que crea un registro de cabilderos, prevé lo subsecuente:

> Cabildeo: Todo esfuerzo –protegido constitucionalmente– y realizado por individuos o grupos de individuos, organizados autónomamente, para dar a conocer sus posiciones, en defensa de intereses particulares, en los procesos legislativos y en cualquier asunto propuesto por la Cámara de Representantes. El cabildeo podrá hacerse mediante la distribución de material impreso, la concurrencia a las diferentes comisiones y subcomisiones de la Cámara de Representantes, así como a entrevistas o intentos por entrevistar a miembros de esta Corporación Legislativa.

Al igual que en Argentina, el Proyecto de Ley para la Regulación del Cabildeo, que está siendo debatido en el legislativo colombiano,

---

13 Argentina. (2003). Decreto 1172/2003 Acceso a la Información Pública. Boletín Oficial No. 30291, p. 1.

14 Argentina, Jefatura de Gabinete de Ministros. (2017). Proyecto de Ley Gestión de Intereses. Mensaje No. 34.

15 Colombia. (2011). Resolución MD-2348 de 2011. Cámara de Representantes. Tomado de http://www.camara.gov.co/participacion-ciudadana/registro-publico-de-cabilderos.

no presenta mayores diferencias en el concepto de *lobbying* con el de la Resolución N. MD-2348. El artículo 3 dispone que las “actividades de cabildeo” sean[16]:

> Toda comunicación que realice el cabildero para promover, defender o representar cualquier interés particular propio o de un cliente ante las autoridades frente a las decisiones que deban adoptar en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, incluye los esfuerzos tendientes a evitar la adopción de decisiones.

En el Proyecto de Ley 1202/2007 brasileño que tiene como objeto regular la “gestión de intereses” se dispone lo siguiente[17]:

> *Lobby* es la presión o esfuerzo deliberado para influenciar en una decisión administrativa o legislativa en un determinado sentido, favorable a entidades representativas de grupos de interés; o por parte alguien que actúa en defensa de intereses propios o de terceros, o en sentido contrario a los intereses de terceros.[18]

La única novedad a nivel legislativo en relación con la definición del *lobbying* se presenta en el ordenamiento jurídico chileno. El artículo 2 de la *Ley Núm. 20730 que regula el lobby y las gestiones que representan intereses particulares ante las autoridades y funcionarios* diferencia el *lobbying* de la “gestión de interés particular”. Para este primer concepto prevé la siguiente definición[19]:

> Aquella gestión o actividades remuneradas, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos que se indican en los artículos 3) y 4).

16 Colombia, Comisión Primera Cámara de Representantes. (2017). Ponencia para primer debaten en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes de Proyecto de Ley No.296 de 2017 Cámara, 096 de 2016 de Senado “Por el cual se regula el ejericio de cabildeo y se dictan otras disposiciones.”

17 Brasil. Camara dos Deputados. (2007). Informe de Tramitación Proyecto de Ley 1202/2007. Tomado de http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353631.

18 Traducido del portugués al castellano por el autor.

19 Chile. (2014). Ley 20730 que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios. *Id Norma 1060115*.

> Lo anterior incluye los esfuerzos específicos para influir en el proceso de toma de decisiones públicas y cambios en las políticas, planes o programas, en discusión o en desarrollo, o sobre cualquier medida implementada o materia que deba ser resuelta por el funcionario, la autoridad o el organismo público correspondiente, o bien para evitar tales decisiones, cambios y medidas.

La definición de "gestión de interés particular" es igual a la de *lobbying*. En este concepto únicamente se omite la palabra "remunerada". La intención del legislador es diferenciar las actividades que realizan directamente los "grupos de presión" de las ejecutadas mediante un prestador de servicios profesionales. Sin embargo, para efectos prácticos esta distinción no es relevante, ya que la regulación es la misma para ambas actividades.

En conclusión, tanto la doctrina como los instrumentos de *derecho blando* y la legislación de los países de Sudamérica coinciden en entender al *lobbying* en un concepto amplio que abarca las distintas formas de influencia de actores ajenos a las instituciones en la expedición de normas y de definición de políticas públicas.

Sin embargo, la OCDE (2012), señala que no hay una única definición de Lobbying en todos los países, pero "en cualquier definición que se considere, el concepto en común de todas ellas es el ejercicio de la influencias, entendido por influencia promover, defender oponerse o retrasar una decisión a través de diferentes medios, incluida la aportación o utilización de informaciones y estadisticas".

Por lo tanto, en términos generales, esta práctica es toda acción realizada con el objetivo de incidir en el proceso de toma de decisiones de un organismo o funcionario público.

1.2. ¿Quiénes hacen lobbying?

Otro de los conceptos relevantes relacionados con el *lobbying* es el de los actores que realizan y se benefician de estas prácticas. La posición mayoritaria en la doctrina y desde la cual parten los instrumentos de regulación tiende a agrupar a todos estos sujetos bajo la denominación de "grupos de presión" o sus equivalentes. Por ejemplo, como se mencionó en la Introducción, la Comisión de Venecia los denomina como "actores extrainstitucionales". Sin embargo, esta denominación es

considerada como sinónimo de “grupos de presión”, “grupos interés” y de lobistas. Así mismo, incluye a los consultores profesionales, los bufetes de abogados, a quienes trabajan en relación de dependencia para una corporación (in house loobists), a las asociaciones profesionales, a las uniones comerciales, a las organizaciones no gubernamentales (ONGs), a las organizaciones académicas y a las religiosas *v.* (European Comission for Democracy Through Law, 2013).

En la Ley N. 28024 de Perú se denomina a los actores que realizan *lobbying* como “gestores de intereses” y su artículo 7 prevé la siguiente definición[20]:

> La persona natural o jurídica, nacional o extranjera, debidamente inscrita en el registro correspondiente, que desarrolle actos de gestión de sus propios intereses o de terceros, en relación con las decisiones públicas adoptadas por los funcionarios públicos comprendidos en el artículo 5 de la presente ley.

La Ley clasifica a los “gestores de intereses” en dos categorías. En el primero están los que se dedican a esta actividad en función de intereses propios; los asociados, socios, accionistas o representantes legales que actúen con poder suficiente a nombre de personas jurídicas; y los organismos gremiales, empresariales, laborales y profesionales sin fines de lucro. Al segundo grupo se lo denomina “gestores de intereses profesionales” e incluye a quienes realizan esta actividad en representación de terceros a cambio de una prestación económica. No obstante, ambos grupos están sujetos a las mismas regulaciones.

La Ley chilena sobre la materia[21] sigue una lógica similar a la de la legislación peruana en cuanto a los actores privados que se dedican al *lobbying*. El numeral 5 del artículo 1 dispone que un lobista es: “la persona natural o jurídica, chilena o extranjera, remunerada, que realiza lobby. Si ello no media remuneración se denominará gestor de intereses particulares, sean estos individuales o colectivos.” Esta norma distingue a los lobistas de los gestores de intereses en función de si se trata de una actividad remunerada o no, pero, al igual que en Perú, no existe diferenciación en cuanto a las reglas que los rigen.

20 Perú. (2003, julio 11). Ley N. 28024 que regula la gestión de intereses en la administración pública.

21 Chile. (2014). Ley 20730 que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios. *Id Norma 1060115*.

En el proyecto de ley sobre *lobbying*, que se discute en el legislativo colombiano, se define a los "cabilderos" como: "cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que desarrolle actividades de cabildeo ante las autoridades"[22]. En este mismo sentido la Propuesta Normativa[23] que se debate en argentina prevé que un "gestor de intereses" es: "toda persona que ejerza de forma habitual u ocasional la gestión de intereses". Estas definiciones reflejan que, si bien en la legislación peruana y chilena se hace cierta diferenciación entre los actores que realizan *lobbying* a cambio de una remuneración y quienes no, la regulación es la misma para todos. El dejar de lado las asimetrías entre los distintos sectores de la sociedad civil ha sido una de las críticas que se ha formulado a estos mecanismos participativos.

Por ejemplo, el expresidente de Estados Unidos, Barack Obama manifestaba lo siguiente:

> Nunca me he sentido del todo cómodo con el término "intereses especiales", que junta bajo el mismo apelativo a ExxonMobil y a los albañiles, al lobby farmacéutico y a los padres de niños con necesidades especiales. La mayoría de los científicos políticos probablemente no estarían de acuerdo conmigo, pero para mí no es lo mismo un grupo de presión empresarial cuya fuerza se basa exclusivamente en el dinero, que un grupo de individuos que sostienen las mismas ideas -ya sean trabajadores textiles, aficionados a las armas, veteranos o familiares de granjeros- y que se unen para defender sus intereses. Creo que no son lo mismo aquellos que usan su poder económico para magnificar su influencia política mucho más allá de lo que justificaría su número, que aquellos que simplemente tratan de unir la fuerza de sus votos para conseguir convencer a sus representantes. Los primeros atacan la idea misma de la democracia. Los segundos son su esencia (Córdova, 2017, pág. 72).

En esta misma línea, partiendo desde concepciones teóricas de la sociedad civil como la de Gramsci, se explica que en estos procesos no todos los actores participan en igualdad de condiciones. Por lo tanto,

---

22 Colombia, Comisión Primera Cámara de Representantes. (2017). Ponencia para primer debaten en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes de Proyecto de Ley No.296 de 2017 Cámara, 096 de 2016 de Senado "Por el cual se regula el ejericio de cabildeo y se dictan otras disposiciones."

23 Argentina, Jefatura de Gabinete de Ministros. (2017). Proyecto de Ley Gestión de Intereses. Mensaje No. 34.

establecer las mismas reglas para todos beneficiaría a los intereses de quienes están en posición de ventaja por condiciones materiales que superan el ámbito formal. Para el filósofo italiano, el Estado lo conforman la sociedad política y la sociedad civil. La sociedad política es la esfera donde se garantiza el *statu quo* determinado por las relaciones económicas mediante la coerción (legislación). En contraste, en la sociedad civil, mediante el consenso y la persuasión, se construye un relato que aglutina a los ciudadanos en distintas formas de organización *v.*(Kumar, 1993).

Según Gramsci, la hegemonía cultural es la aceptación mayoritaria de un relato que avala una visión de la realidad que denomina ideología. Todo este conjunto de interacciones se las identifica como un bloque histórico *v.*(Puentes y Suárez, 2016). En los momentos de estabilidad, el bloque histórico será congruente entre sí. En consecuencia, los intereses que primen en la sociedad civil serán los de los grupos dominantes en lo económico.

1.3. **El lobbying como mecanismo participativo y el principio democrático**

Las relaciones económicas estructurales no solo inciden en el ámbito de la sociedad civil, sino en todos los demás espacios sociales. Por lo tanto, estas no influyen únicamente en los mecanismos participativos, se manifiestan en todas las dimensiones de la democracia. Sin embargo, mediante la legislación se han desarrollado instrumentos para disminuir la relevancia de las asimetrías económicas en los procesos de toma de decisiones públicas, en especial mediante los procesos democráticos representativos. Por este motivo, cuando la falta de transparencia permite que el *lobbying* no se someta a estos controles, la tensión entre el principio democrático y la desigualdad estructural entre los actores sociales resulta más evidente. Esto debilita la legitimidad de esta práctica. La democracia representativa supone la elección de los representantes de los organismos del Estado mediante el ejercicio del derecho al sufragio de todos los ciudadanos. Aunque otros factores como el manejo de la opinión pública y la financiación de los partidos políticos causan que los intereses de los sectores con más recursos económicos tengan mayores probabilidades de imponerse, estos procesos al menos garantizan que todos los votos tengan el mismo valor. Esto quiere decir que formalmente el estatus de ciudadanía es suficiente para ejercer este derecho en condiciones de igualdad.

El estatus de ciudadanía es suficiente para que las personas sean titulares de derechos. En contraposición, cuando los actores de los procesos democráticos son los "grupos presión" no basta con ser ciudadano para intervenir en estos. Estas organizaciones se crean para defender intereses concretos. Por lo tanto, los puntos de vista que avalen no serán los de todos los individuos, sino solo los de aquellos que tenga ciertas posiciones, cualidades o recursos afines a sus causas *v.* (Pacheco, 2012).

En consecuencia, la participación mediante "grupos de presión" implica el riesgo que existan posiciones ciudadanas que queden anuladas por no ser consideradas relevantes por ningún de ellos o que las opiniones de colectivos que representan ciertos sectores sean excluidas de los procesos de toma de decisiones. En estos casos, la intervención en la deliberación pública ya no dependería solo del estatus de ciudadanía sino de otros factores como tener ciertos conocimientos o recursos económicos.

Otro de los riesgos de la participación mediante "grupos de presión" es la anulación del conflicto político *v.*(Pacheco, 2012). La intervención en este tipo de procesos muchas veces está sujeta a determinados requisitos que aparentemente son neutros o técnicos. Sin embargo, esta predeterminación no toma en cuenta que estos saberes generalmente responden a una posición ideológica, lo que implica que los puntos de vista contrarios quedan de plano descartados del debate público. Por lo general, la imposición de estas visiones como única opción viable deviene de un proceso de construcción hegemónica, por lo que representa únicamente a los sectores dominantes en lo económico. Si bien es cierto los instrumentes regulatorios que pretenden transparentar el *lobbying* no corrigen las asimetrías entre los actores de la sociedad civil, como bien lo señalan sus críticos; al menos permiten que los electores tengan la posibilidad de conocer con quienes se reúnen sus representantes políticos y saquen sus propias conclusiones respecto a quien realmente beneficia estas actuaciones.

Por lo tanto, esto es un mecanismo para evitar que la influencia de los ´´grupos de presión" sea una forma de evadir el control democrático de los ciudadanos. Esto, sin solucionar totalmente los problemas de legitimidad que presenta esta actividad, es un avance en comparación con la existencia de prácticas opacas de influencia, ante la ausencia de un marco normativo que las regle.

2. MECANISMOS PARTICIPATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

El fortalecimiento de los mecanismos participativos desde la sociedad civil fue uno de los ejes del proceso constituyente del 2008. El artículo 95 de la Carta Magna dispone la construcción permanente del poder ciudadano. Este proceso consiste en la participación protagónica de la ciudadanía, de forma individual o colectiva, en los asuntos públicos y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad[24]. En este mismo sentido, el artículo 96 reconoce a todas las formas de organización de la sociedad como expresión de la soberanía popular para incidir en los procesos de toma de decisiones públicas y ejercer control social.

El artículo 100 de la Norma Fundamental ordena que en todos los niveles de gobierno se conformen instancias de participación, que tengan incidencia en el manejo de planes y políticas públicas, con representantes de la sociedad civil; la elaboración de presupuestos participativos; la construcción de mecanismos para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas; y promover la formación ciudadana y los procesos de comunicación.

Estos preceptos constitucionales son desarrollados por la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC)[25]. Este cuerpo normativo prevé mecanismos institucionales que tienen la finalidad de materializar el principio de poder ciudadano dispuesto por la Carta Magna. Los actores de la sociedad civil son denominados organizaciones sociales y el artículo 30 las reconoce como una expresión de la soberanía popular que aporta a la defensa de derechos individuales y colectivos; a la gestión y resolución de problemas y conflictos; al fomento de la solidaridad, la democracia y el buenvivir; y que inciden en las decisiones públicas. La LOPC prevé varias instancias para incluir a las organizaciones sociales en los procesos de toma de decisiones. Una de estas es la Asamblea Ciudadana Plurinacional (ACP), prevista en el artículo 48 y subsiguientes de esta ley. La ACP es un organismo consultivo del Consejo Nacional de Planificación[26] que lo conforman delegados de las asam-

24 Ecuador. (2008).Constitución de la República. R.O 449.

25 Ecuador. (2011).Ley Orgánica de Participación Ciudadana. *R.O Suplemento 175.*

26 El Consejo Nacional de Planificación es un organismo creado por el artículo 279 de la Constitución que integra a los distintos niveles de gobierno, lo preside el Presidente de la República y tiene como finalidad orientar las políticas de planificación y aprobar el Plan Nacional de Desarrollo.

bleas locales de participación, de cada consejo ciudadano sectorial y de las organizaciones de la sociedad civil.

A su vez, las asambleas locales de participación, según el artículo 56 de esta Ley, son organismos que pueden ser conformados por la ciudadanía en los distintos niveles de gobierno para fortalecer sus capacidades de interlocución con las autoridades e influir en la gestión de lo público. Por su parte, los consejos ciudadanos sectoriales, previstos en el artículo 52, son redes de participación de la sociedad civil de alcance nacional que se articulan a los ministerios, por lo que deben ser promovidas desde la función ejecutiva.

Otra de las instancias de participación de las organizaciones de la sociedad civil son los consejos nacionales para la igualdad que deben conformarse paritariamente por representantes del Estado y la sociedad civil. Estos organismos tienen como finalidad incidir en la formulación de las políticas públicas relativas a grupos sociales específicos.

El artículo 72 de la LOPC define a los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública como "instrumentos con los que cuenta la ciudadanía de forma individual o colectiva para participar en todos los niveles de gobierno". Entre estos se encuentran las audiencias públicas que son instancias en las que una autoridad, por su propia voluntad o por pedido de los ciudadanos, atiende sus peticiones y recoge criterios para fundamentar sus decisiones.

Otro de los mecanismos participativos relevantes es la consulta previa, libre e informada a las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos y montubios en todo proceso decisorio que les afecte. Este instrumento se hace extensivo en materia ambiental a toda comunidad. Los resultados de estas deliberaciones deben ser valoradas en la fundamentación de la decisión final.

Las veedurías, los observatorios y consejos consultivos también son mecanismos dispuestos por LOPC para garantizar la participación ciudadana en los distintos niveles de gobierno. Así mismo, a nivel local las instancias de participación son diversas. La Ley prevé la implementación de consejos locales de planificación, presupuestos participativos, cabildos populares, la inclusión de una "silla vacía" en los consejos de los gobiernos autónomos descentralizados, entre otros. Pese a la abundancia de los instrumentos de participación de la sociedad civil previsto en la LOPC, no todos los contactos entre

las autoridades y estos sectores se dan mediante estos mecanismos institucionales. Por lo tanto, persiste una *zona gris* que este cuerpo normativo no alcanza a transparentar.

En el ámbito parlamentario tampoco existen los instrumentos suficientes para restarle opacidad a la influencia de los "grupos de presión" en los asambleístas y los demás funcionarios legislativos. En materia de transparencia, la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL)[27] se limita a disponer la publicidad de las sesiones del pleno, la posibilidad de dar seguimiento a las sesiones de las comisiones y la publicación de toda la información y documentación de la Asamblea Nacional en su portal de internet. Respecto a la participación ciudadana, la LOFL señala que se la promoverá mediante mecanismos como la recepción de sugerencias, foros de consulta y mesas itinerantes. Estos aportes deberán procesarse mediante las comisiones especializadas correspondientes. De igual forma, deja la puerta abierta al establecimiento de instrumentos que acerquen a la sociedad civil a los legisladores y a los organismos de la Asamblea Nacional.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información tampoco contiene instrumentos que aporten a transparentar de la influencia de los actores de la sociedad civil en los cargos públicos. El artículo 5 de este cuerpo normativo prevé una definición amplia de información pública. No obstante, el artículo 7, que regula la información mínima que están obligados a publicar todos los sujetos regulados, no incluye ningún dato relacionado con la "gestión de intereses"[28].

Así mismo, el artículo 14 de la Ley, que dispone deberes específicos en este ámbito para el parlamento, únicamente incluye la divulgación de "los textos completos de todos los proyectos de Ley que sean presentados al Congreso Nacional, señalando la Comisión Especializada Permanente asignada, la fecha de presentación, el código; y el nombre del auspiciante del proyecto" y "una lista de proyectos de ley que hubieren sido asignados a cada Comisión Especializada Permanente".

La identificación del "auspiciante del proyecto" únicamente revelaría datos sobre la actividad de los "grupos de presión" en los procesos de iniciativa legislativa popular, ya que cuando la propuesta la

27 Ecuador. (2007).Ley Orgánica de la Función Legislativa. *R.O Suplemento 642.*

28 Ecuador. (2004). Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Registro Oficial 337.

realiza el Presidente de la República, un grupo de legisladores u otro representante de los organismos estales serán ellos quienes consten formalmente como auspiciantes, independientemente de los actores de la sociedad civil que les motivaron a presentarla.

En conclusión, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no dispone de los instrumentos suficientes para la transparentar las actividades que de facto realizan los "grupos de presión" para influenciar en los procesos de toma de decisiones públicas, por fuera de los mecanismos institucionales formales. Esto resulta más evidente, si se contrasta la legislación ecuatoriana con los mecanismos regulatorios con los que cuentas otros países de Sudamérica.

3. MECANISMOS PARA REGULAR EN LOBBYING EN LOS PAÍSES DE SUDAMÉRICA

Actualmente, cuatro países de Sudamérica ya cuenta con normas jurídicas para regular el *lobbying*. Chile y Perú disponen de leyes específicas sobre la materia. En Argentina existe un decreto que regula la "gestión de intereses" en el poder ejecutivo y el parlamento se encuentra tramitando un proyecto de ley. El ordenamiento jurídico colombiano contiene una disposición constitucional que ordena legislar sobre "cabildeo", un artículo de la Ley 1474[29] autoriza a las autoridades competentes a indagar sobre este tipo de actividades, una resolución de la Cámara de Representantes crea un registro de cabilderos para ese organismo y una propuesta normativa está en trámite. A estos cuatro países se suma Brasil donde el legislativo federal se encuentra debatiendo desde el año 2007 un proyecto de ley al respecto.

Las distintas normas jurídicas y proyectos de ley de estos países cuentan con varios instrumentos que aportan a la transparencia del *lobbying*. En este mismo sentido, estos mecanismos contribuyen a que la ciudadanía conozca los intereses de los "grupos de presión" que influyen en sus representantes políticos y en los procesos de toma de decisiones públicas. Las herramientas regulatorias más destacadas son los registros que contienen información relacionada con la "gestión de intereses".

29 Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48128.

3.1. Alcance subjetivo de la regulación del lobbying

Antes de detallar cómo funcionan y en qué consisten estos registros resulta interesante revisar el alcance subjetivo de estas normas. En los ordenamientos jurídicos de los países analizados, la tendencia es a ampliar los funcionarios públicos obligados. Cómo se detalla a continuación el ámbito de aplicación de las leyes chilena y peruana son todos los poderes del Estado. En Argentina y Colombia, actualmente, la regulación solo cubre al ejecutivo y al legislativo, respectivamente; pero las propuestas normativas que se están tramitando pretenden ampliarla a los demás poderes. El Proyecto de Ley brasileño también va en esta línea.

En Argentina, el artículo 2 del Decreto 1172/2003 define que los funcionarios obligados son el Presidente de la Nación, el Vicepresidente, el Jefe de Gabinete de Ministros, los ministros, los secretarios y subsecretarios, los interventores federales y las autoridades superiores de los organismos, entidades, empresas, sociedades y dependencias que funciones bajo la jurisdicción del poder ejecutivo nacional.

Así mismo, la norma prevé que los demás funcionarios públicos, que incidan en los procesos de toma de decisiones y no se encuentren entre los mencionados expresamente por el artículo 2 del Decreto 1172/2003, deberán notificar al jerárquico superior obligado de todas las actividades de "gestión de intereses" en la que participen para que este proceda a publicar en su registro. El plazo máximo para reportar es de cinco días. Esta disposición es importante destacar como un mecanismo para evitar que los sujetos destinatarios de la regulación evadan estos controles mediante el envío de emisarios a las negociaciones con los "grupos de presión".

A diferencia del Decreto 1172/ 2003, el proyecto de ley que se debate en el parlamento argentino pretende ampliar el espectro de regulación a todos los organismos del Estado y no solo al poder ejecutivo. En consecuencia, los sujetos obligados son los detallados en el Gráfico A.

Gráfico A: funcionarios Públicos obligados por el Proyecto de Ley Gestión de Intereses

Poder Ejecutivo	Poder Legislativo	Poder Judicial
Presidente, Vicepresidente de la nación; el Jefe de Gabinete; los ministros y secretarios con rango ministerial; los secretarios, subsecretarios y directores generales; los asesores directos de todos estos funcionarios.	Los diputados, senadores y sus asesores.	Los magistrados.
Los interventores federales; los funcionarios superiores de los entes autárquicos y descentralizados; las autoridades superiores de los entes reguladores y los demás organismos que integran los sistemas de control del sector público.	Los funcionarios de ambas cámaras con rango no inferior a director o equivalente.	Los secretarios y demás funcionarios con rango equivalente o superior
Los representantes del Estado y gerentes de las empresas estatales o con participación accionaria pública; los miembros de los organismos jurisdiccionales administrativos	El presidente y los auditores generales de la Auditoría General de la Nación; el Defensor del Pueblo y sus adjuntos; el Procurados Penitenciario	Los miembros del Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Defensa y del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Fiscal de la Nación

Los rectores, decanos y secretarios de las universidades nacionales; los embajadores o funcionarios del servicio exterior con ese rango, el Síndico General de la Nación y los Síndicos Generales Adjuntos		

Elaboración: Propia

En comparación con el Decreto 1172/ 2003, este proyecto de ley amplía el ámbito de aplicación subjetivo de los deberes jurídicos dispuestos en la norma, incluso dentro del poder ejecutivo. Sin embargo, en contraposición con ese decreto, la Propuesta Normativa no contempla el deber de notificar al jerárquico superior de todas las actividades de "gestión de intereses" en la que participen los funcionarios que no se encuentran definidos como sujetos obligados *v.* (Dates y Sama, 2017)..

Por su parte, el ámbito de aplicación de la Resolución N. MD-2348[30] de la Cámara de Representantes colombiana alcanza únicamente a los lobistas cuando se reúnen con los funcionarios públicos que laboran en este organismo. Sin embargo, el proyecto de ley que pretende regular el cabildeo abarca a las autoridades a las que se detalla en el Gráfico B.

30 Colombia. (2011). Resolución MD-2348 de 2011. Cámara de Representantes. Tomado de http://www.camara.gov.co/participacion-ciudadana/registro-publico-de-cabilderos. Consultado 4 de abril del 2018.

Gráfico B: autoridades reguladas por el Proyecto de Ley No.296

Rama Ejecutiva y Fuerzas Armadas	Rama Legislativa	Rama Judicial	Nivel Territorial y otros[31]
Presidente de la República, el vicepresidente, ministros, viceministros, directores de departamentos administrativos.	Congresistas.	Fiscal General de la Nación.	Alcaldes municipales, alcaldes de distrito y el alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá.
Superintendentes, los directores de unidades administrativas, altos comisionados, ministros consejeros, secretarios y directores de la Presidencia de la República.	Directores Administrativos, secretarios y subsecretarios de las comisiones.	Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Director Ejecutivo de la Rama Judicial.	Gobernadores, gerentes, presidentes y directores de las entidades descentralizadas por servicios.
Secretarios privados, secretarios senerales, superintendentes delegados, directores y asesores.		Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del consejo superior de la judicatura sala disciplinaria.[33]	Diputados, concejales y miembros de las Unidades de Apoyo Normativo.

31 Órganos de control, organismos autónomos e independientes.

32 Cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

33 Los magistrados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura también son sujetos de esta regulación, pero, únicamente, en lo que tiene que ver con el ejercicio de la función administrativa que les compete, al igual que los magistrados de los Tribunales.

Gerentes del sector público empresarial. Embajadores, y Cónsules.[32]		Los asesores en el ejercicio de estas los funcionarios mencionados anteriormente.	Secretarios privados, secretarios generales, subsecretarios y asesores.
Gerentes, presidentes o directores de las entidades descentralizadas por servicios y los miembros de las Comisiones de Regulación.			El Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, el Contralor General, el Registrador Nacional del Estado Civil.
Director General de la Policía Nacional, los Comandantes de las tres ramas de las FF.AA y los demás miembros de la fuerza pública encargados de las adquisiciones.			Magistrados del Consejo Nacional Electoral.
			Miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.
			Rectores de las Universidades Públicas, -Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales. -Comisionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil.[34]

Elaboración: Propia

Los artículos 3 y 4 de la La Ley 20730 chilena explicitan los sujetos pasivos regulados como lo detalla el Gráfico C.

Gráfico C: funcionarios Públicos Obligados por Ley 20730

Poder Ejecutivo	Congreso Nacional	Poder Judicial	Administración Local o Comunal	Otros
•Ministros, subsecretarios, jefes de servicios, directores regionales, delegados presidenciales regionales y provinciales. •Gobernadores regionales, los secretarios regionales ministeriales. •Embajadores. •Jefes de gabinete[35].	•Diputados y senadores. •Secretario general y prosecretario de la Cámara de Diputados y el Senado. •Asesores legislativos que indique anualmente cada parlamentario.	•Fiscal nacional y los regionales. •Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.	•Alcaldes •Los miembros de los organismos representativos de cada uno de los niveles de gobierno y sus secretarios ejecutivos. •Directores de obras y secretarios municipales.	•Contralor y Subcontralor General. •Presidente, vicepresidente y consejeros del Banco Central. •Alto mando de las fuerzas de seguridad y los encargados de los procesos de contratación. •Miembros de consejos Ley.[36]

34 La ley incluye en general a: "los servidores públicos del nivel directivo y asesor de los órganos autónomos e independientes. También están cobijados por la presente ley sus Secretarios Privados, Secretarios Generales, Delegados, Directores y Asesores y Representantes en cualquier nivel territorial".

35 El artículo 3 de la Ley 20730 amplía el ámbito de aplicación A: "las personas que, en razón de su función o cargo, tengan atribuciones decisorias relevantes o influyan decisivamente en quienes tengan dichas atribuciones y reciban por ello regularmente una remuneración."

36 El artículo 4 numeral 7 de la Ley 20730 incluye los siguientes: "Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Consejo Nacional de Televisión, del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

En las instituciones u organismos en los que laboran los sujetos pasivos señalados explícitamente por esta ley, se pueden ampliar los funcionarios obligados mediante resolución de la entidad competente en cada una de ellas. Esta atribución también es aplicable para el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. La lista de los cargos públicos a los que se les haga extensiva esta obligación deberá ser publicada de manera permanente en las páginas de internet institucionales. Así mismo, cualquier ciudadano puede solicitar motivadamente que se incluya a alguna autoridad. El ente competente, según el caso, deberá resolver la petición en el término máximo de diez días hábiles. La respuesta que se dé será de única instancia, por lo que deberá ser adecuadamente justificada. En este mismo sentido, la Ley 28024 de Perú regula a los funcionarios públicos que detalla el Gráfico D.

Gráfico D: funcionarios públicos obligados por la Ley N. 28024[37]

Poder Ejecutivo	Poder Legislativo	Administración Local	Sector Público Empresarial
•Presidente de la República. •Primer y segundo vicepresidente. •Ministros, viceministros, secretarios generales, directores nacionales y generales. •Titulares de los pliegos presupuestarios de entidades de la administración pública.	•Congresistas.	•Perfectos, subprefectos, consejeros, asesores y demás con rango funcional equivalente. •Consejeros de los órganos representativos regionales, su presidente y el vicepresidente, cuando lo subrogue. •Alcaldes, regidores y directores de las municipalidades provinciales y distritales.	•Presidentes, gerentes y miembros del directorio.

37 El literal k) del artículo 5 de la Ley prevé lo siguiente: "En general los funcionarios con capacidad de decisión pública, de acuerdo con lo que establezca el reglamento de la presente Ley". Por lo tanto, se deduce que esta lista no es taxativa y puede ampliarse mediante reglamento.

3.2. Registros de reuniones

Este mecanismo regulatorio se basa en la obligación de los cargos públicos de registrar y publicar todo tipo de contacto o reuniones con actores privados en el marco del ejercicio de sus funciones. Este modelo es por el que se ha optado en Argentina tanto en la normativa infralegal vigente como en el proyecto de ley que se encuentra en trámite.

El Decreto 1172/ 2003 obliga a los altos cargos del poder ejecutivo federal a registrar y publicar toda audiencia que tenga como finalidad la "gestión de intereses". Estos registros deben contener las solicitudes de audiencia; los datos del solicitante; los intereses que invocan; las participantes de la audiencia; el lugar, fecha y hora de la reunión; una síntesis del contenido de la reunión; y constancias que la audiencia fue efectivamente realizada. Estos datos son de carácter público, por lo que su libre acceso debe garantizarse mediante la actualización y difusión diaria a través de las páginas de internet institucionales.

Así mismo, toda persona natural o jurídica está legitimada para solicitar estos datos por vía administrativa o judicial. La única excepción a la publicidad es aquella información que haya sido declarada, mediante decreto ejecutivo o ley, como reservada o secreta. El incumplimiento a las disposiciones previstas en el Decreto 1172/2003 es considerado una falta grave, lo que es una causal del juicio político.

En este mismo sentido, el proyecto de ley que se debate en el parlamento argentino dispone la creación de un registro de las audiencias de "gestión de intereses" que deberá contener los datos del lugar donde se realizó; la fecha y hora; nombre de los solicitantes y los asistentes; nombre o razón social de la persona cuyos intereses se gestionaron, si se trata de intereses colectivos o difusos, hacerlo constar; y una síntesis de contenido de la reunión. Este registro debe estar disponible para el público en las páginas de internet y debe ser actualizado de forma constante por los sujetos obligados.

3.3. Registros de Lobistas

Este mecanismo regulatorio consiste en un registro en el que deben apuntarse todos los lobistas antes de solicitar una reunión con los funcionarios públicos. En ciertos casos, la inscripción incluye la generación de una credencial que permite el acceso a las instalaciones de las

dependencias públicas. Este modelo es el que se aplica actualmente en la Cámara de Representantes de Colombia y en el Proyecto de Ley brasileño. La ventaja de los registros de agenda sobre los de lobistas es que cubren también aquellas reuniones con sujetos que no necesariamente realizan permanente *lobbying*, pero que pueden ser muy relevantes para una decisión específica.

En el modelo actualmente vigente en la Cámara de Representantes de Colombia, las personas naturales o jurídicas que pretendan registrarse deben presentar la solicitud de inscripción o la carta de presentación cuando actúe como representante de un tercero; su nombre completo con los datos de identificación y ubicación (copia de documento de identidad); en caso de formar parte de una firma especializada en *lobbying* se debe acreditar la personalidad jurídica de la entidad y, de todas formas, inscribirse también como individuo.

Este trámite es gratuito y la respuesta a la solicitud debe darse en un plazo máximo de tres días. La negación de inscripción debe fundamentarse mediante acto administrativo, con la finalidad que el interesado tenga a su disposición las vías de impugnación previstas para este tipo de actuaciones. Cuando el registro se lleve a cabo, la Cámara de Representantes emitirá automáticamente una credencial. La inscripción en el Registro de Cabilderos faculta a los lobistas a establecer contactos con los miembros de la Cámara de Representantes, esto incluye el acceso permanente a las instalaciones donde funciona este organismo. En contraste, los ciudadanos que no se dedican a esta actividad de forma permanente deben solicitar un permiso previo para entrar en la oficina que visitarán. Sin embargo, esta regulación no debe limitar la posibilidad de dirigir observaciones a las autoridades públicas sobre los actos jurídicos que se encuentran tramitando, ni al ejercicio del derecho de petición.

Por su parte, el sistema regulatorio, que se debate en Brasil, abarca a los tres poderes del Estado Federal y consiste en un registro en el que deberán constar los lobistas que las personas naturales o jurídicas acrediten como sus representantes. Cada una de ellas podría nombrar un titular y un suplente. Este mecanismo estará a cargo de la entidad que designen los distintos organismos estatales. En el caso del poder ejecutivo, la propia ley asigna esta función a la Contraloría General de la Unión. Solo quienes consten en esta lista podrán solicitar ser recibidos en audiencia pública por los funcionarios del poder ejecutivo, legislativo y judicial.

3.4. Registros mixtos

En la legislación chilena, peruana y en el proyecto de ley que se debate en Colombia se combinan los dos tipos de registros. En este modelo, los altos cargos públicos están obligados a informar y publicar las reuniones mantenidas, lo que también implica que el sujeto privado con el que se llevó a cabo ese contacto queda automáticamente apuntado en el registro de lobistas.

Los artículos 6 y 7 de la Ley 20730 chilena disponen la creación de un registro de agenda pública en el que deberán constar las audiencias que tengan por objeto el *lobbying* o la "gestión de intereses", el lobistas o gestor de intereses y en representación de quien actuó; la individualización de los asistentes; si el interlocutor percibe una remuneración por dicha actividad; el lugar, la fecha y la materia tratada. Así mismo, se deberán registrar los viajes realizados en el ejercicio de las funciones públicas, el destino, el objeto, el costo total y la persona natural o jurídica que lo financió; y los donativos oficiales y regalos protocolares, la fecha de recepción, la ocasión y la persona natural o jurídica de la cual procede.

La información deberá estar disponible en las páginas institucionales de los organismos donde laboren cada uno de los sujetos pasivos y se deberá actualizar al menos una vez al mes. Estas instituciones también deberán llevar un registro público de lobistas y gestores de intereses. La inscripción podrá realizarse a solicitud expresa de estos actores o automáticamente una vez que se efectúen actividades de *lobbying*. Así mismo, el Consejo para la Transparencia debe administrar un sitio web específico para publicitar estos datos. La única excepción a la obligación de publicar serán las actividades que involucren la seguridad nacional sobre las cuáles se deberá informar de forma reservada al Contralor General.

La Ley también obliga al Consejo de Transparencia a llevar una lista de lobistas y gestores de intereses que hayan sostenido reuniones con los sujetos regulados del poder ejecutivo, los consejos autónomos y las fuerzas de seguridad. De igual manera, dispone que las demás instituciones que tengan funcionarios obligados por este cuerpo normativo celebren convenios con dicha dependencia para facilitar esta información. Esta nómina incluirá los mismos datos exigidos en los registros de audiencias y se actualizará trimestralmente. En esta misma línea, la Ley 28024 de Perú prevé la obligación, a los funcionarios abarcados en su ámbito de aplicación, de dejar constancias de las comunicaciones

que tengan con los gestores de intereses. No obstante, se remite a los reglamentos la atribución de regular los instrumentos para garantizar el cumplimiento de este deber. En contraste, el título IV de este cuerpo normativo sí dispone directamente la creación de un Registro Público de Gestión de Intereses y determina las reglas de su funcionamiento.

El Registro Público de Gestión de Intereses está a cargo de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP). La inscripción en el mismo es obligatoria para quienes quieran realizar estas actividades. Sin embargo, la gratuidad del registro no está garantizada por la Ley. Al contrario, esta prevé expresamente que estará sujeta al pago de derechos. El número registral dura dos años, posteriormente podrá renovarse conforme lo que disponga el reglamento. Todos los actos realizados relacionados con el *lobbying* deben reportase de forma obligatoria.

El Registro debe incluir los datos de la persona natural o jurídica que actúa como gestor de intereses; la información sobre la relación jurídica entre el gestor profesional y la persona beneficiada, de ser el caso; la descripción general de las actividades realizadas en este contexto; la identificación de los funcionarios con los que se interactúa en este marco; la constancia de los actos realizados emitida por servidores públicos contactados; y cualquier otra información que dispongan los reglamentos. La SUNARP deberá publicar este registro en las distintas páginas de internet y definir otros mecanismos de difusión para ampliar su alcance. No obstante, no se prevé la obligación de crear un sitio web específico.

Así mismo, los gestores de intereses deben presentar un informe cada seis meses que deberá contener un breve resumen del objeto, medios empleados y funcionarios públicos contactados; y cualquier otra información precisada en el respectivo reglamento. Por su parte, la SUNARP deberá remitir este informe a la Contraloría General de la República. Toda la información provista por los gestores de intereses será considerada declaración juramentada, por lo que su falseamiento tendría consecuencias penales.

El modelo regulatorio que se propone en el proyecto de ley colombiano es similar al chileno. Lo que se pretende es crear un Registro Público de Cabilderos y Actividades de Cabildeo (RPC). La información contenida en este instrumento es el nombre de cabildero, identificación, domicilio, dirección, teléfono y correo electrónico corporativos y de, ser persona jurídica, debe incluir el certificado de existencia

legal y la representación legal; los mismos datos de sus clientes, además de la descripción general de las actividades y el área de intereses de estos. Así mismo, los lobistas deben detallar los asuntos en los que representaron a cada cliente y las personas naturales que ejercieron la actividad, si el cabildero es una persona jurídica.

Según la propuesta normativa, el RPC será administrado por la entidad que designe el Gobierno Nacional y deberá ser publicado en una página de internet propia. El organismo encargado de esta función presentará un reporte anual al Congreso y capacitará a los grupos sociales, particularmente a los que tienen una especial protección constitucional, en el acceso a esta información. El Proyecto de Ley prevé el principio de máxima publicidad. Por lo tanto, esta dependencia deberá procurar que estos datos sean conocidos por el máximo número de ciudadanos de manera comprensible, suficiente y oportuna.

Las autoridades públicas no podrán participar en actividades de cabildeo con sujetos que no se encuentren registrados en el RPC. Así mismo, el constar en este registro no obliga a los funcionarios a reunirse con los lobistas. Sin embargo, el Proyecto Normativo sí establece el principio de igualdad de trato para todos los “grupos de interés”.

La obligación de registrar un contacto en el RPC es de los cabilderos. No obstante, las autoridades deberán validar esta información, verificar el cumplimiento y de constatar una omisión notificar a la entidad encargada de la administración del Registro. También es un deber de los funcionarios publicar las visitas recibidas en su despacho con hora, fecha y tema a tratar.

3.5. Registros de viajes y regalos

Otro instrumento relevante en la regulación del *lobbying* es la obligación de registrar los regalos que reciben los funcionarios por parte de los lobistas y los viajes que realizan financiados por estos. Este modelo se aplica en Chile y se pretende implementar en Colombia mediante el Proyecto de Ley para regular el cabildeo. Sobre este tema, otra de las posibilidades es directamente prohibir a los cargos públicos aceptar este tipo de obsequios. Por esta opción se opta en la legislación peruana y ecuatoriana.

Los artículos 6 y 7 de la Ley 20730 chilena disponen que los sujetos obligados incluyan, en sus registros respectivos, los viajes realizados en el ejercicio de las funciones públicas, el destino, el objeto, el costo total y la persona natural o jurídica que lo financió; y los donativos oficiales y regalos protocolares, la fecha de recepción, la ocasión y la persona natural o jurídica de la cual procede.

Al igual que en Chile, de aprobarse el proyecto de ley que lo crea, el RPC colombiano deberá contemplar un registro de los viajes financiados por los cabilderos. Mediante este instrumento los cargos públicos informarán el destino de los viajes, los eventos a los que asistan, el costo total de los mismos y la persona que los financió.

A diferencia de la experiencia chilena y colombiana, la Ley 28024 de Perú prohíbe a los funcionarios y a su cónyuge aceptar de forma directa o indirecta cualquier liberalidad de parte de los gestores de intereses o de los terceros que representen. Este cuerpo normativo entiende por liberalidad los obsequios, donaciones, servicios gratuitos u ofertas de empleo.

No obstante, la Ley prevé, como excepciones a la prohibición de recibir obsequios, las donaciones lícitas para campañas políticas; los legados y donaciones a favor del Estado; las materiales con información relevante para el beneficiario de la gestión como, por ejemplo, libros o revistas; las invitaciones a capacitaciones que puede incluir el pago del transporte, hospedaje y alimentación, siempre que esto sea debidamente sustentado y aprobado por el titular de pliego de las instituciones públicas y; los reconocimientos o premios conferidos en concursos o eventos abiertos al público, mientras solo tengan valor conmemorativo; y las muestras distribuidas con fines promocionales.

En Ecuador, al igual que en Perú, el literal k) del artículo 24 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)[38] prohíbe, a todos los servidores públicos, "solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas, en razón de sus funciones para sí sus superiores o de sus subalternos".

---

38 Ecuador. (2010, octubre 6).Ley Orgánica de Servicio Público. *R.O Suplemento 294*.

3.6. Huella de cabildeo

Este mecanismos, creado en el Proyecto de Ley colombiano, consiste en la obligación de publicar el listado de los "grupos de interés" que intervienen en el proceso de elaboración de las leyes, otras normas jurídicas y actos administrativos, como parte de su motivación.

3.7. Implementación de la regulación

La implementación de la regulación del *lobbying* en los países analizados ha presentado cierta dificultad. Por ejemplo, en Perú, en el Listado Nacional de Gestión de Intereses, publicado por la SUNARP en su página de internet y que se actualiza semestralmente, únicamente constan seis personas naturales[39]. Claramente, los actores que realizan actividades que se encuadran en la definición de "gestión de intereses", prevista en la legislación peruana, no se agotan en los que constan en el listado.

En Colombia, el registro creado por la Resolución MD-2348 se encuentra publicado en la página de internet de la Cámara de Representantes. Para el periodo 2014-2018 únicamente se encuentran acreditados 27 sujetos, de lo cuáles solo 13 presentan información de contacto[40].

En Argentina, la eficacia del Decreto 1172/2003 es limitada. Por ejemplo, la Subsecretaria para la Reformar Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia, el organismo dependiente de la Jefatura del Gabinete encargado de implementar el registro de audiencias y agendas de los altos cargos del poder ejecutivo, inicialmente logró crear un sitio de internet en el que se publicaba esta información. Sin embargo, no se llegó a incorporar a todos los sujetos obligados y en el año 2009, cuando esta entidad fue suprimida, también se desactivo la página web institucional *v.*(Novaro, 2015). Actualmente, este registro se encuentra disponible en internet y es de acceso público[41].

---

39 Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Listado Nacional de Gestión de Intereses. Página de internet: https://www.sunarp.gob.pe/transparencia.asp?ID=1403. Consultado: 23 de abril del 2018.

40 Colombia. Registro Público de Cabilderos para el período 2014-2018. Página de internet: http:://www.camara.gov.co/registro-publico-de-cabilderos-datos-de-contacto.

41 Secretaría de Reforma Insitucional y Fortalecimiento de la Democracia. Registro Único de Audiencias de Gestión de Intereses. Página de internet://audiencias.mininterior.gob.ar/. Consultado: 1 de mayo del 2018.

Pese a las dificultades en la implementación del Registro Único de Audiencias de Gestión de Intereses, este instrumento fue utilizado por los medios de comunicación para conocer datos relevantes relacionados con casos de presunta corrupción. Por ejemplo, mediante este mecanismo quedaron registradas las reuniones que los miembros del Gobierno argentino tuvieron con la empresa constructora brasileña Odebrecht y los temas tratados en cada una de ellas *v.*(Indart, 2017).

En Chile, en la actualidad existe una página de internet creada exclusivamente para la publicación de la información dispuesta por la Ley 20730. En el registro de sujetos activos consta más de dos mil cuatrocientos lobistas y gestores de intereses vigentes y tan solo uno no vigente. En el 2017, fueron registradas veintitrés audiencias y en lo que va del 2018 constan quince. En cuanto a los viajes, el sitio de internet informa sobre veintiséis realizados el año 2017 y 30 en lo que va del 2018. Sobre donativos, se contabilizan 12 en todo el 2017 y 6 en lo que va del 2018. Los datos están disponibles desde el 2014[42].

Aunque las cifras señaladas anteriormente reflejan que aún no se encuentran registradas todas las actividades que deberían constar, la Ley 20730 va alcanzando progresivamente un nivel de implementación cada vez mayor. Desde la doctrina se destaca que el Cuerpo Normativo es un aporte para la democratización de las relaciones entre el sector privado y el sector público, ya que ha ampliado la diversidad de los actores que se reúnen con los funcionarios *v.*(Sahd y Valenzuela, 2017).

4. CONCLUSIONES

El debate teórico revisado sobre la legitimidad del *lobbying* refleja que, pese a que la transparencia no es suficiente para eliminar las asimetrías estructurales entre los actores de la sociedad civil, aporta para evitar que esta actividad sea una forma de evadir los controles democráticos y el escrutinio público. Por lo tanto, la regulación podría atenuar las contradicciones entre los mecanismos participativos y la democracia.

El análisis de la experiencia comparada en otros países de Sudamérica refleja que, si bien existen problemas con la implementación de los mecanismos para regular el *lobbying* y el cumplimiento de las nor-

42 Registro de Público de Lobistas y Gestores de Intereses Particulares. Página de internet: http://web.uchile.cl/transparencia/leylobby/registrosujetosactivos.html

mas jurídicas que los prevén no son completas, estos tienen efectos positivos que aportan a la legitimidad de esta actividad, o al menos, atenúan los efectos nocivos de realizarla de forma opaca.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene diversos instrumentos que buscan la participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones públicas. Sin embargo, estos no son suficientes para transparentar el *lobbying* que se dan entre estos actores y los funcionarios públicos por fuera de los mecanismos institucionales. A excepción de la prohibición de recibir regalos, la legislación de Ecuador carece de los demás instrumentos regulatorios con los que cuentan países como Chile, Perú, Colombia y Argentina. En consecuencia, es recomendable que el legislador ecuatoriano tome en cuenta la experiencia comparada e implemente normas jurídicas que regulen la "gestión de intereses".

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arbia, C. (2017). *Proyecto "House Of Cards": los 6 aspectos de la ley para regular el lobby empresarial en Argentina*. Infobae. Recuperado de: https://www.infobae.com/economia/2017/05/30/proyecto-house-of-cards-los-6-aspectos-de-la-ley-para-regular-el-lobby-empresarial-en-argentina/.Consultado: 20 de febrero del 2018.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2001). *La Gobernanza Europea: Un Libro Blanco.*

Córdova, D. (2017). *Análisis comparado de la regulación del lobby en Iberoamérica: de la transparencia de los intereses en las decisiones públicas (Tesis Doctoral)* .Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Recuperado de: http://eprints.ucm.es/40971/1/T38308.pdf. Consultado: 11 de noviembre del 2017.

Cristaldo, H., y Brito, D. (2017). *Diputados brasileños discuten lobby y muertes en el tránsito.* Agencia Brasil. Recuperado de: http://agenciabrasil.ebc.com.br/es/politica/noticia/2017-12/diputados-brasilenos-discuten-lobby-y-muertes-en-el-transito. Consultado: 5 de abril del 2018.

Dates, L. y Sama, F. (2017). *El Lobby (o gestión de intereses) en Argentina. Comentarios al Proyecto de ley del Poder Ejecutivo Nacional*. Recuperado de: http://www.abogados.com.ar/el-lobby-o-gestion-de-intereses-en-argentina-comentarios-al-proyecto-de-ley-del-poder-ejecutivo-nacional/19957

European Comission for Democracy Through Law. (2013). Report On The Role Of Extra-Institutional Actors In The Democratic System (*Lobbying*) adoptado por la Comisión de Venecia en su Sesión Plenaria No.94 (Venecia).

Indart, R. (2017). *Cómo fueron las 23 reuniones de Odebrecht con la gestión K*. Recuperado de: http://www.perfil.com/politica/como-fueron-las-23-reuniones-de-odebrecht-con-la-gestion-k.phtml

Kumar, K. (1993). Civil Society: An Inquiry into the Usefulness of an Historical Term. *The British Journal of Sociology,* Vol 44. No.3, pp.375–395.

Novaro, M. (2015). *Regulación de lobbies en Argentina*. Centro de Investigaciones Políticas Policy paper No. 4. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales Universidad Diego Portales.

Pacheco, P. (2012). *Experimentalismo Democrático, Nuevas Formas De Regulación y Legitimación Del Derecho.* Democratic Experimentalism, New Forms of Regulation and Legitimation of Law, No.46, pp.37–68.

Puentes, M. y Suarez, I. (2016). Un acercamiento a Gramsci: la hegemonía y la reproducción de una visión del mundo. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, pp. 449–468.

OECD. (2013). *Transparancy and integrity in lobbying*, pp.1–6. Recuperado de: https://doi.org/10.1787/gov_glance-2015-35-en. Consultado: 11 de noviembre del 2017.

Ridao, J. (2017). *Los Grupos De Presión*. Barcelona: Centre d´ Estudis Jurídcs i Formació Especialitzada.

Rubio, R. (2007). *Los Ciudadanos ¿Protagonistas de la Globalización?*. Recuperado de: http://www.rafarubio.es/wpcontent/uploads/Ciudadanos-protagonistasglobalizacion.pdf. Consultado: 10 de noviembre del 2018.

Sahd, J. y Valenzuela, C. (2017). *Lobby Regulation in Chile: a Pathway toward Reducing Inequality.* OECD Global Anti-Corruption and Integrity Forum. Recuperado de: https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-2017-Sahd-Valenzuela-Lobby-Regulation-Chile.pdf

Sousa Santos, B. y Rodríguez Garavito, C. (2007). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En B. Sousa Santos. (Ed.).*El derecho y la globalización desdes abajo: hacia una legalidad cosmopolita* (pp. 7–27). Cuajimalpa: Anthropos.

Taylor, C. (1995). *Invoking Civil Society. In Philosophical Arguments* (pp. 204–224). Harvard University Press.

Recibido: 22 de septiembre de 2018

Aceptado: 3 de noviembre de 2018

Mtr. Víctor Augusto Espinosa Jácome: Investigador Jurídico Independiente.

Correo electrónico: victoraugusto@94hotmail.com

La organización deportiva y su administración de justicia en el ámbito laboral: caso ecuatoriano

The sports organization and its administration of justice in labor disputes: Ecuadorian case

Favio Andrés Velasco Guevara
Investigador Jurídico, Consejo de Educación Superior (CES)

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 87-106, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente documento aborda la aplicación de la justicia en el fútbol a partir de la descripción de los niveles de organización deportiva y el reconocimiento que estos hacen a los métodos de solución de controversias: la justicia ordinaria laboral y los tribunales arbitrales del deporte. Con este análisis, se busca determinar la legitimidad que tiene la justicia deportiva a partir de normas de naturaleza privada para una actividad institucionalizada que genera interés público y las relaciones jurídicas que aparecen en esta actividad que se traduce en responsabilidad estatal, por lo que genera incertidumbre de las instancias competentes para conocer los conflictos de naturaleza laboral entre el jugador de fútbol (trabajador) y el club (empleador), todo esto al identificar en donde radica el reconocimiento y legitimidad para conocer estas controversias de los Tribunales de Arbitraje Deportivo, en coexistencia con la jurisdicción que ejerce el poder judicial del Estado.

PALABRAS CLAVE: fútbol, deporte, arbitraje, jurisdicción, controversias

ABSTRACT: this document describes the application of justice in football and methods of dispute resolution: ordinary labor justice and the arbitration courts of sport. With this analysis, we seek to determine the legitimacy that sports justice has and the legal relationships that appear in this activity that translates into state responsibility, which generates uncertainty of competent instance for the resolution of conflicts of labor nature between the soccer player (employee) and the club (employer), all this, when we had identified where the recognition and the legitimacy to know these disputes of the Courts of Sports Arbitration lies, in coexistence with the jurisdiction exercised by the ordinary labor justice.

KEY WORDS: soccer, sport, arbitration, jurisdiction, controversies.

INTRODUCCIÓN

La Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA), ente constituido de naturaleza puramente privada, este organismo se ha enfocado desde sus inicios en la organización y administración del fútbol a nivel mundial. Dentro de este modelo organizativo, la FIFA buscó ser parte de todos los aspectos que puedan derivarse de la práctica o de la gestión del fútbol, entre ellos, las controversias contractuales que pudieran surgir de la naturaleza laboral de la relación jurídica.

Con este fin, la justicia deportiva sufre una serie de cambios, parte de su evolución a lo largo de la historia y en todas las escalas de la organización deportiva, por lo que en el Ecuador, en observancia a los estatutos de la FIFA y al tener una federación nacional asociada a ella, se creó el Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol mediante la Ley del Futbolista de 1958, que buscaba, entre otras cosas, institucionalizar a nivel estatal, el reconocimiento de una justicia especializada en fútbol y conflictos que surjan a partir del contrato laboral que celebra el club y el jugador profesional, conforme se desprende del artículo 37 del mencionado cuerpo normativo.

El presente texto, analiza la legitimidad de la existencia de la justicia deportiva como un procedimiento administrado por particulares para particulares desde un análisis de la organización deportiva, el reconocimiento estatal de este mecanismo de justicia y la aplicabilidad del mismo ante la existencia de normativa nacional que se contrapone a las instituciones del arbitraje como es concebida en el Ecuador y la posterior limitación para acceder a la justicia ordinaria por la concepción de dicha norma.

El planteamiento de estos temas, busca obtener una visión general de la administración de la justicia deportiva como un procedimiento privado, su coexistencia con la justicia ordinaria en un Estado de Derecho y la falta de claridad en la norma que ha generado conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la deportiva, dejando en indefensión a los recurrentes; y además, mostrar al lector a la consecuencia de la coexistencia de normas contradictorias.

1. LA ORGANIZACIÓN DEL DEPORTE

El deporte, desde sus inicios, ha sido concebido como una actividad de recreación y esparcimiento; sin embargo, la difusión de su práctica y características ha atraído la atención y compromiso de un gran número de personas, a tal punto que hoy en día se ha constituido no solo en una actividad recomendada, sino además en una forma de desarrollo personal y profesional.

La concepción del deporte como un medio para el desarrollo humano y, actualmente, la obtención de réditos económicos, ha derivado en la creación de organismos dedicados a su difusión y organización. Tomando en consideración el crecimiento exponencial y complejo de las distintas modalidades de deportes, estas organizaciones se han visto en la obligación de generar estructuras cada vez más complejas con lineamientos mucho más organizados, lo que ha permitido que se conviertan en verdaderas instituciones del deporte.

Esta compleja forma organizativa ha sido conocida como "organización deportiva" y que se explica como "conjunto de personas que poseen intereses comunes, al menos en cuanto a la práctica, fomento, desarrollo y posibilidad de satisfacción de unas inquietudes específicas centradas en la práctica deportiva" (Álvaro, Brotons y Mestre, 2002, p.23).

La institucionalización del deporte, ha constituido una ventaja para la práctica del mismo, pero se traduce también en la aparición de nuevos actores además de los deportistas, especializados en la representación y dirección administrativa del deporte, con el que se pudo unificar los eventos deportivos generando un mayor interés colectivo en el deporte y su práctica a través de dicha organización.

En función de esto, los actores de las distintas ramas del deporte, que comparten intereses comunes, han ido desarrollado distintas formas de organización. En la actualidad, se distinguen principalmente las siguientes: 1. Clubes deportivos 2. Asociaciones de clubes deportivos, 3. Federaciones nacionales e internacionales del deporte y 4. Estado como ente regulador. Cabe recalcar que este último no es parte de la organización deportiva como tal, pero tiene un rol importante en este ámbito.

El Club Deportivo, es definido como "el elemento creador y dinamizador del deporte" (Álvaro, Brotons y Mestre, 2002, p.29), y considerado como el primer momento en que se fomenta la práctica de la actividad; aquí es donde el deportista se forma y compite en su representación.

A la par de la formación del club deportivo, para que este tenga legitimidad ante la ley, el Estado cumple su rol de regulador de las actividades que se realicen en su jurisdicción, por lo que en el caso ecuatoriano, el Ministerio del Deporte es el encargado del registro y reconocimiento de los clubes, pero manteniendo su naturaleza privada[43].

En un segundo momento, la organización deportiva se enfocó en tener una instancia coordinadora y promotora de la práctica del deporte, por lo que las Asociaciones de clubes deportivos (o en el caso ecuatoriano asociaciones o federaciones provinciales se encargan de "la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de estas por sus asociados, así como, en su caso, la participación en actividades y competiciones deportivas") (Blanco, 2006, p.218).

A continuación, la organización deportiva, en su ámbito más amplio, se conoce como Federaciones Nacionales por deporte, que la conforman las Asociaciones y los Clubes, y la reunión de estas son las Federaciones Internacionales por deporte que según Rubén Acosta, en su obra Gestión y Administración de las Organizaciones Deportivas, las define como "las organizaciones responsables de la administración y gestión diaria de las actividades deportivas internacionales", y añade que "cada federación internacional es la autoridad mundial máxima de su respectivo deporte" (Acosta, 2005, p.30).

Es importante precisar que la organización deportiva, desde su creación, hasta sus niveles más amplios, es en general de naturaleza privada[44] y que el Estado no constituye un actor directo de esta estructura, sino únicamente un regulador, lo que corrobora lo citado por Acosta al mencionar que la misma organización es el órgano máximo de regulación.

---

43 "La naturaleza jurídica de las asociaciones y clubes deportivos es, en la mayoría de supuestos, de tipo privado" (Blanco, 2006, p.218),

44 Debe acotarse, sin embargo, que, con la intervención Estatal a través del Ministerio de Deporte, Federaciones deportivas provinciales, cantonales, etc., el deporte si posee cierta connotación pública, por lo que su naturaleza no se restringe exclusivamente al ámbito privado, considerando además que está regulado por un ente público.

La forma organizativa máxima del deporte a nivel mundial es el Comité Olímpico Internacional que representa el más claro ejemplo de la evolución de la organización deportiva, ya que como lo recoge Rubén Acosta, el primer objetivo de esta entidad era la coordinación del evento cumbre del deporte cada cierto tiempo: los Juegos Olímpicos.

La práctica del deporte fue creciendo exponencialmente, al punto de no ser suficiente la primera estructura del Comité Olímpico Internacional, por lo que este diversificó esfuerzos y buscó reconocer a las asociaciones internacionales por deporte y que el Comité Olímpico Internacional (COI) otorgue reconocimiento y legitimidad a estas organizaciones, con el beneficio de que el deporte sea reconocido en el programa olímpico (Acosta, 2005, p.30), fortaleciendo de esta forma la estructura organizativa y manteniendo su estatus de órgano máximo y de naturaleza privada.

El énfasis en describir a la organización deportiva como un ente privado es precisamente para demostrar la legitimidad de sus instituciones, puesto que se crearon y se manejan basados en los principios de autonomía e independencia, y como muestra de ello, las mismas federaciones dispusieron instrumentos normativos propios para el efecto.

La Carta Olímpica define a las Federaciones Internacionales como un ente puramente privado y resaltando que esta organización será no gubernamental; aclara que la normativa bajo la que se rige es la que se expide jerárquicamente desde los órganos reconocidos por el Comité Olímpico Internacional según su deporte, mas no únicamente la de los Estados en los que el deporte se encuentra organizado. (Carta Olímpica, 1999, art. 29), separando definitivamente los niveles de organización.

1.1. La Organización del Fútbol

Conforme lo analizado, la organización deportiva tiene su ámbito internacional y representación máxima en las Federaciones Internacionales por deporte. Para efectos de este estudio, es necesario enfocar el tema en el máximo organismo que rige al fútbol a nivel mundial: para que exista legitimidad en una Federación Internacional por deporte, es necesario que esta cuente con el respaldo de las asociaciones nacionales y, por ende, que estas se encuentren asociadas a ella; es así que la Federación Internacional de Fútbol Asociación, o mejor cono-

cido como la FIFA, por sus siglas en inglés, fue creada con el respaldo de algunas asociaciones, el 21 de mayo de 1904 y desde ese momento es reconocida por las Federaciones Nacionales, como el único organismo autorizado para representar al deporte a nivel internacional y esto se puede verificar con el paulatino ingreso de nuevos asociados a su estructura, hasta llegar a la actualidad que es la entidad internacional con el mayor número de estados asociados en el mundo (Graham y Sánchez, 2014, p.10).

1.1.1. La FIFA, la CONMEBOL y la FEF

El fútbol, en relativamente pocos años, se ha convertido en el deporte más popular del mundo y esto se puede evidenciar en el número de países miembros que tiene la FIFA, que, según la información entregada por el mismo organismo, son 211 Federaciones Nacionales de Fútbol adscritas a este organismo[45]. La distribución geográfica de los asociados a la FIFA, representó una debilidad para su trabajo, por lo cual se buscó desconcentrar su gestión, creando órganos de dirección intermedia según su ubicación en el mundo para facilitar administración, el cual recibe el nombre de Confederación.

En nuestro continente, la FIFA tiene dos entidades de organización intermedia: la Confederación de Norteamérica, Centroamérica y el Caribe de fútbol (CONCACAF) y la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL), que, como hemos señalado en líneas anteriores, son únicamente organismos de administración intermedia parte de la FIFA, más no una entidad regional asociada a ella (Graham y Sánchez, 2014, p.12).

Finalmente, la base de la organización internacional son las asociaciones nacionales y en el Ecuador, la Federación Ecuatoriana de Fútbol es quien asume esta representación: esta es la entidad que se conformó por la reunión de clubes y asociaciones provinciales dentro del país y es el asociado directo de la FIFA.

Ante estos niveles de organización deportiva que desde su conformación son de naturaleza privada, en cada una surge la necesidad de una instancia de resolución de conflictos, los que pueden ser de orden deportivo, disciplinario o contractual; es así como de dicha naturaleza

45 Información presentada por el portal web de la FIFA: www.fifa.com

privada de la actividad y de la asociación que se formó a nivel nacional e internacional, se respalda que también esta instancia de justicia tenga la misma característica.

En esta premisa cabe una aclaración: como hemos revisado en líneas anteriores, desde el inicio de la organización deportiva, que es el Club, es de naturaleza privada y se basa en los principios de autonomía e independencia, por lo que en ese sentido se ha enfocado la institucionalidad de las instancias administrativas de la FIFA y tomando en cuenta que esta sociedad comprende la Federación Nacional con la Federación Internacional (en este caso la FEF se asocia con la FIFA) y que la CONMEBOL constituye un ente administrativo, en estas dos instancias es donde se legitima la aplicación de la justicia deportiva.

Si bien es cierto, la CONMEBOL maneja también su instancia de justicia deportiva, pero al ser un órgano de administración intermedia de la FIFA, no es una instancia necesaria para conocer conflictos que se presenten en las asociaciones nacionales, sino únicamente resuelven problemas que suceden en las competiciones organizadas por esta.

Ante este análisis de las instituciones, podemos determinar que la organización deportiva nace con la intención de ser un órgano de gestión, pero dadas las necesidades que presentaban los asociados, debía ejercer funciones de administrador de justicia, por lo que la justicia deportiva nace como un factor especializado en resolver conflictos en el deporte y esta autotutela se legitima en la especialización que este tipo de justicia debe tener para resolver conflictos oportunamente según la esencia de la actividad, en la autonomía e independencia de las organizaciones y en la naturaleza tanto del deporte, como de la organización, que es privada.

2. LA JUSTICIA DEPORTIVA

El deporte tiene dos ámbitos de justicia para lo que se dispone de instancias específicas que lo regulen: 1. Las reglas de la práctica del deporte, para lo cual, los árbitros de la disputa deportiva en específico, son los encargados de impartir justicia en el desarrollo de la actividad, y 2. En el ámbito externo a la práctica del deporte, que se encargan de la resolución de los conflictos que lo rodean, incluido en lo disciplinario y los Tribunales de Justicia deportiva.

Este estudio se enfocará en analizar el segundo ámbito de la justicia deportiva, en razón de el régimen especial que constituye la existencia de una instancia de resolución de conflictos específica por la materia, reconocida por la organización, de naturaleza privada, pero con independencia y autonomía de esta.

Al respecto, Norberto Outerelo se refiere a la justicia deportiva, la describe como "(...) quien se ocupa de dirimir los conflictos y controversias que se generan en el mundo del deporte, que tienen que ver con él y con los sujetos que lo comprenden. Este mundo del deporte está compuesto no solo por los conflictos que se suscitan en la práctica del mismo, sino que abarca toda la problemática civil, comercial, laboral, penal, etc. (....)" (Outerelo, 2009, p. 20).

En este sentido, la justicia deportiva, al igual que la organización deportiva, tiene dos niveles fundamentales de estructura: nacional e internacional; por lo tanto, se configura una suerte de doble instancia de juzgamiento entendido desde la independencia que tiene la justicia deportiva nacional como internacional. En el caso ecuatoriano, la FEF tiene un Tribunal de Justicia propio y la FIFA reconoce al Tribunal de arbitraje deportivo "TAS", por sus siglas en francés (Tribunal Arbitral du Sport), como su instancia competente, plasmándose así la doble instancia.

Cabe destacar que la jurisdicción que ejerce un determinado Tribunal de Justicia depende de en qué ámbito se desarrolla el conflicto, por ejemplo: en el caso de que un conflicto sea contractual, la primera instancia para sustanciar esta controversia será el Tribunal de Justicia de la Federación Nacional, en razón que es el ente al que el club debe acudir para registrar estos actos y tener legitimidad ante la FIFA, pero si un club participa en un torneo de su Confederación, y el conflicto tiene que ver con ese certamen en específico y la actuación de las partes en él, la primera instancia sería en este organismo, que como se había señalado anteriormente, se ocupa de los conflictos de sus torneos en específico; en ambos casos la segunda y última instancia de justicia deportiva es el Tribunal Arbitral du Sport, al cual nos referiremos más adelante.

En el ejemplo anterior, se debe aclarar que, si el conflicto es de naturaleza contractual, no podría ser conocido por el Tribunal de Justicia de la Confederación porque esta únicamente funge como receptora de esta información por parte de la Federación Nacional, lo que limita su competencia a los eventos de orden disciplinario que se presenten en el desarrollo de sus torneos.

Es importante señalar que las organizaciones deportivas desarrollan sus actividades en una jurisdicción determinada, por lo que el Estado como forma organizativa de una nación, tiene la obligación social de verificar y validar las acciones que la administración de justicia deportiva impartida por la organización, por lo que debe reconocer la naturaleza privada de la federación nacional, sin separarse de la responsabilidad que tiene como Estado de garantizar los derechos de los ciudadanos, como es el libre acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y los demás principios generales del Derecho.

2.1. El Tribunal Arbitral du Sport (TAS) y su reconocimiento por parte de la FIFA

En 1984, Juan Antonio Samarach, Presidente del Comité Olímpico Internacional de ese entonces, promovió la creación del Tribunal Arbitral du Sport (TAS), en búsqueda de consolidar una jurisdicción especial para la resolución de conflictos en el deporte, al cual le otorgó total independencia del órgano rector del deporte para garantizar el principio de imparcialidad (Rosero, 2017, p.34).

La FIFA, como órgano máximo de administración del fútbol, ofertó soluciones para las controversias de sus asociados desde su creación en el año 1904 hasta el año 2002, cuando el TAS fue reconocido por esta Federación Internacional como medio de resolución de disputas en respuesta a la falta de capacidad para administrar la justicia deportiva por la misma FIFA; todo esto se consolida en el Congreso Extraordinario de la FIFA de Buenos Aires en 2001, en el cual se encargó a la FIFA crear un tribunal de arbitraje para el fútbol, por lo que se creó la Cámara Internacional de Arbitraje Futbolístico, que posteriormente sería remplazado tras el reconocimiento del Tribunal Arbitral du Sport como instancia máxima de resolución de disputas (Echeverría, s/f, p.92). El órgano de administración de justicia en el fútbol fue creado, pero al no tener el suficiente financiamiento para mantenerlo, la FIFA, como parte del Comité Olímpico Internacional, a través del Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo[46] (ICAS), fundación a cargo de gestionar el TAS, reconoció a esta instancia de solución de disputas como la entidad de administración de justicia oficial de la FIFA (Echeverría, s/f, p.92).

46 Organismo autónomo e independiente de la organización deportiva (FIFA) pero reconocido por ella directamente y a través de su pertenencia al Comité Olímpico Internacional, que lo legitimó previamente con la iniciativa de Juan Antonio Samarach.

Como parte de la institucionalidad de la FIFA, dentro de sus estatutos se prevé, en su capítulo IX, al arbitraje como método de resolución de las disputas que pudiesen existir en el fútbol y reconoció al Tribunal Arbitral du Sport como órgano habilitado para resolver disputas en este deporte (Estatuto de la FIFA, 2016, Cap. IX).

El Tribunal Arbitral du Sport, es un órgano autónomo e independiente de la organización deportiva, pero reconocido por ella, al cual se puede acudir en caso de disputas de naturaleza comercial y disciplinaria y se maneja con las características básicas de la institución jurídica del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, y como tal, para acceder a él, se debe contar con la aceptación de someterse a dicha jurisdicción (Echeverría, s/f, p.93).

Existen dos procedimientos que maneja el TAS para la resolución de conflictos: el ordinario y el de apelación (Rosero, 2017, p.35), y para acceder a cada uno de ellos, el consentimiento debe plasmarse en diferentes momentos: en el caso del procedimiento ordinario, la aceptación de someterse a la jurisdicción del TAS debe ser recogida por una cláusula del contrato o en un documento posterior a la celebración del mismo y que este sea suscrito por las partes; en tanto que para el procedimiento de apelación, el consentimiento se consagra dentro de los estatutos de los órganos o federaciones al que se encuentran adscritas las partes en disputa, puesto que la normativa FIFA exige el reconocimiento al Tribunal Arbitral du Sport como instancia para resolver las controversias para pertenecer a ella (Estatuto FIFA, 2016, Art.11.4.c).

Además, el Tribunal Arbitral du Sport tiene la característica de fungir como última instancia, dado que el Estatuto de la FIFA señala que ejerce jurisdicción una vez se hayan agotado los momentos previos que reconozca el Estatuto de la organización respectiva en cuestión, es decir, tal cual sucede en el caso de la FEF, establece que las controversias de los asociados deben ventilarse ante el Tribunal Arbitral Especial de la FEF, y en ese sentido, el TAS no sería competente de analizar un recurso ante un acto ejecutado en Ecuador si no es previamente conocido por el Tribunal de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, como lo abordaremos más adelante (Estatuto FIFA, 2016, Art.67.2)

Es fundamental distinguir dos momentos en el que se legitima la existencia del TAS y son cuando la FIFA (y en consecuencia las Federaciones Nacionales asociadas a ella) le otorga su reconocimiento como lo hemos verificado tras este análisis, y cuando los Estados pre-

vén su existencia a través de las organizaciones deportivas como entidad capaz de impartir justicia en su jurisdicción territorial.

Ante la aparente jurisdicción absoluta que ejerce el Tribunal Arbitral du Sport para conocer disputas en el fútbol, existe una excepción: las resoluciones que emitidas por el TAS tienen sujeción a la normativa que disponga y reconozca la FIFA y de manera complementaria el derecho suizo, y dentro de las normas FIFA, se encuentra el Reglamento del Estatuto y Transferencia de Jugadores, el cual, en su artículo 22, prevé la posibilidad que un club o un jugador, en materia de disputas laborales, puedan acudir a la justicia ordinaria, reconociendo así a la tutela judicial efectiva estatal en controversias laborales sin que contravenga la reglamentación FIFA, puesto que es un cuerpo normativo de la misma organización la que reconoce esta jurisdicción (Reglamento del Estatuto y la Transferencia de Jugadores, 2018, Art. 22).

De esta forma, determinamos que la competencia la justicia deportiva es producto de un acuerdo previo a la asociación de las federaciones nacionales de fútbol a la FIFA, con el fin de ser reconocidos por ella, en tanto que el rol estatal en la administración de justicia se legitima tras la posibilidad que abre la FIFA, a través de su Reglamento del Estatuto y la Transferencia de Jugadores, de que se conozcan las controversias laborales por parte de la justicia ordinaria, sin contravenir su normativa y dejando la decisión de la instancia competente a los recurrentes.

3. FUNCIONAMIENTO DE JUSTICIA EN EL FÚTBOL ECUATORIANO

Como hemos detallado en párrafos anteriores, el órgano máximo de organización deportiva en el fútbol ecuatoriano es la Federación Ecuatoriana de Fútbol, entidad de derecho privado y autónomo, que organiza y administra la práctica profesional del deporte y dentro de los estatutos de esta organización deportiva, se prevén instancias específicas para cada aspecto de la gestión que esta entidad debe realizar. dentro de estas se encuentra el aspecto disciplinario como parte de los temas que regula la FEF.

A su vez, al ser el Ministerio del Deporte la cartera de Estado encargada del registro de los clubes y asociaciones deportivas, este es el responsable de aprobar los estatutos de la Federación Ecuatoriana de

Fútbol y como representante del Estado en este ámbito de naturaleza privada, aboga por el respeto a la normativa nacional.

Es por esto que en el mencionado Estatuto que se encuentra vigente, al referirse a las competencias del Tribunal Arbitral Especial de la FEF, menciona que los litigios deportivos que se pudieren presentar en el fútbol ecuatoriano, tienen que ser conocidos por esta instancia, (que dicho sea de paso reconoce que esta normativa debe tener sujeción normativa y constitucional) sin perjuicio de lo que disponga la demás normativa aplicable para el efecto, como las normas especiales de la FEF o de la FIFA (Estatuto de la FEF, 2016, art. 87).

Con estos antecedentes, podemos determinar que la justicia en el fútbol ecuatoriano tiene dos ámbitos: el de la justicia deportiva que emane del Tribunal Especial de la FEF y el de la justicia ordinaria reconocida por la normativa FIFA, específicamente en el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores y tácitamente por el Estatuto de la Federación Ecuatoriana de Fútbol aprobado por el Ministerio del Deporte.

3.1. Tribunal Arbitral Especial de la FEF

El arbitraje como institución jurídica, es un método alternativo de solución de conflictos de naturaleza voluntaria, tal como lo recoge la legislación ecuatoriana vigente (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 6), por lo cual, al ser precisamente "alternativo", para ser reconocido debe contar con la declaración de voluntad de las partes de someterse al mismo.

Como lo hemos mencionado en párrafos anteriores, la aceptación del sometimiento a esta jurisdicción por parte de la Federación Ecuatoriana de Fútbol y por consiguiente de sus asociados, radica en la sola afiliación a la FIFA, en razón que sus estatutos prevén a este medio como el legítimo para resolver las controversias, independientemente que si los contratos de la federación con los clubes así lo contemplen.

Por esto, y en búsqueda de plasmar la autonomía del deporte y de la organización deportiva, la Federación Ecuatoriana de Fútbol creó su Tribunal Arbitral, con el fin de que sea la instancia que conozca las controversias que se presenten con sus asociados, que a su vez es reconocido por la FIFA, a la par que el máximo órgano de administración

de justicia en el deporte, que es el TAS, puede declararse incompetente para conocer alguna controversia que no haya agotado instancias previas previstas en los estatutos y reglamentos de la federación en controversia, por lo tanto, al contemplar al Tribunal Arbitral como la instancia prevista en el Estatuto de la FEF para la resolución de los conflictos, mientras este no lo resuelva, el TAS no ejercería jurisdicción para conocer la controversia.

Paralelamente a esto, como se dijo anteriormente, en controversias laborales, la normativa de la FIFA abre la posibilidad a que se pueda acceder a la justicia ordinaria de cada Estado, por lo cual, el Tribunal Arbitral de la FEF no constituye la única y exclusiva instancia para resolver los conflictos laborales, sino que deja en manos de los accionantes el acudir a la justicia por cualquiera de estos dos medios (Reglamento del Estatuto y la Transferencia de Jugadores, 2018, Art. 22).

Asimismo, como parte de la relación jurídica que existe entre las organizaciones deportivas y el Estado, este reconoce mediante ley la existencia y legitimidad del Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, lo cual se analizará más adelante.

3.2. Art. 37 de la Ley del Futbolista

En función del mencionado rol que el Estado tiene en la organización deportiva, el legislador ecuatoriano consagró mediante ley el régimen jurídico en el que se desenvuelve el jugador profesional de fútbol y para el efecto expidió en el año 1994 la Ley del Futbolista.

Dentro de los aspectos que aborda este cuerpo normativo, analiza la relación laboral que existe entre los futbolistas profesionales y el club en el que prestan sus servicios, lo cual se perfecciona con la existencia del contrato celebrado entre ellos. Así lo define el artículo 1 de la Ley del Futbolista Profesional, "se entenderá por futbolista profesional al deportista que, habiendo celebrado un contrato escrito con un club afiliado a la Federación Ecuatoriana de Fútbol, además de la reposición de los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades, también percibiere una remuneración periódica." (Ley 56, 1994).

Ante la naciente relación jurídica laboral en razón del contrato de trabajo, la Ley del Futbolista prevé la existencia de conflictos y se des-

cribe como una competencia exclusiva para solventar dichas disputas al Tribunal Arbitral Especial de la FEF.

El artículo 37 de la LFP señala lo siguiente en referencia a la solución de conflictos:

> **De las contravenciones**
>
> **Art. 37.** En caso de conflicto derivado del cumplimiento del contrato, el club y el futbolista profesional deberán recurrir obligatoria y previamente al Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, de acuerdo con lo prescrito por sus estatutos y reglamentos.
>
> La resolución definitiva del Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol deberá ser adoptada en el plazo máximo de quince días, contado a partir de la presentación del correspondiente reclamo.
>
> Si subsistiere el conflicto, por falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a defender sus derechos ante las autoridades y jueces competentes."(Ley 56, 1994, art. 37)

De esto se desprende la existencia de un Tribunal Arbitral especializado para este tipo de conflictos, pero presenta algunas particularidades que llaman la atención en este artículo, tales como la obligatoriedad que sugiere el someterse a este Tribunal como paso previo al conocimiento de la justicia ordinaria del caso en particular, vulnerando los derechos de protección consagrados en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador[47].

3.3. Análisis normativo de competencia, implicaciones y aplicabilidad.

Por las características que tiene la actividad del futbolista profesional, el acceso a la justicia debe ser mucho más ágil que la justicia ordi-

47 "Art. 75. Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"

naria, pues no existe el mismo nivel de "estabilidad laboral" en cuanto al futbolista, además del período de actividad (en cuanto a años de carrera profesional) que tiene en relación con los otros oficios. Con estas premisas se prevé un mecanismo especializado para la solución de conflictos en materia laboral deportiva que es el Arbitraje Deportivo, pero, a la luz del cuerpo legal especial para solventar esos conflictos, que es la Ley de Arbitraje y Mediación, se evidencian ciertas situaciones que no quedan claras.

A pesar que la expresión de voluntad de someterse al procedimiento arbitral se configura en un momento previo por parte de los clubes y asociaciones (en los Estatutos), dejamos de lado que el consentimiento tiene que ser de las dos partes de la relación laboral, tomando en cuenta que quien aceptó someterse a estos medios alternativos de solución de conflictos fueron los asociados, es decir el Club y la Federación, pero el jugador constituye un sujeto de derechos distinto a los dos primeros, además de su condición de persona, ciudadano y trabajador; por lo que tiene derecho a acceder a la tutela judicial efectiva para defender sus derechos y de no expresarse esta voluntariedad en el contrato que se celebra con el club o la asociación, o bien su íntegro respeto a los Estatutos (lo que incluye el sometimiento a la justicia arbitral), la norma estaría dando el carácter de obligatorio al Arbitraje, lo que va en contra de la Ley de Arbitraje y Mediación[48].

Además del parámetro del consentimiento para someter la controversia al Arbitraje, el hecho que el artículo 37 de la Ley del Futbolista Profesional contemple a este método de solución de conflictos como paso previo para acceder a la justicia vulnera la Constitución de la República del Ecuador, específicamente a la tutela judicial efectiva puesto que no se prevé un camino expedito para acceder a la justicia ordinaria, en razón que el mencionado artículo de la ley del futbolista sugiere la obligatoriedad de someter la controversia al Tribunal Arbitral Especial de la FEF de manera previa al conocimiento de la justicia ordinaria.

En otro inciso del mismo artículo 37, se le da una potestad coercitiva al Tribunal Arbitral de la FEF, es decir, le da la capacidad de ejecutar

---

48 "Art. 1. El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes **pueden someter de mutuo acuerdo**, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias." (el resaltado me pertenece).

las decisiones arbitrales, cuestión que, por la naturaleza del método alternativo de solución de conflictos, no va de la mano, puesto que en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación otorga la potestad de ejecución a la justicia ordinaria (Codificación 14, 2006, Art. 32), lo que tiene concordancia con el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que en su artículo 363 enumera los títulos de ejecución (requisito necesario para someter la controversia a un proceso de ejecución) y dentro de ella menciona a los laudos arbitrales.

El hecho que se le otorgue la capacidad de ejecutar las decisiones al Tribunal Arbitral Especial de la FEF puede dejar en indefensión al que resulte afectado con la resolución que contenga el laudo, puesto que la presentación del proceso ante la justicia ordinaria no le da un efecto suspensivo al laudo en el caso de la apelación ante la justicia deportiva, pudiendo haberse vulnerado los derechos y sin garantizar aún el acceso a la justicia ordinaria (Estatuto FIFA, 2016, Art.58.4).

De este análisis nace cuestionar al respecto que sí existe verdadera jurisdicción por parte de la justicia ordinaria en el derecho deportivo en materia laboral tal como lo concibe la Ley del Futbolista, situación que no pasa dentro de la normativa deportiva que claramente reconoce tanto a los tribunales arbitrales de las federaciones parte de la FIFA así como la posibilidad que se acuda a la justicia ordinaria para el efecto.

En este sentido, el problema no son las instituciones de la justicia deportiva, la norma FIFA o su reconocimiento a la posibilidad de acceder a la justicia ordinaria en controversias laborales, sino la forma como se concibe al Tribunal Arbitral Especial de la FEF por parte de la Ley del Futbolista, que desnaturaliza la institución del arbitraje y evita el libre acceso a la justicia ordinaria en caso de así considerarlo, puesto que dicha redacción ha ocasionado que la Corte Nacional de Justicia se pronuncie respecto a lo que dispone el artículo 37, como un prerrequisito para el acceso a la justicia ordinaria el someter la controversia a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, tal como lo desarrolla en su considerando sexto el Recurso de Casación 299 de 10 de octubre de 2002[49].

En conclusión, es totalmente legítima la existencia de la justicia deportiva como se ha descrito en párrafos previos, así como el TAS o el Tribunal Arbitral Especial de la FEF; sin embargo, al existir una norma nacional que señale expresamente que obligatoriamente se tiene

49 Juicio de trabajo que siguió Carlos Díaz en contra de Barcelona Sporting Club.

que ventilar una controversia en el Tribunal de forma previa a acceder a la justicia ordinaria, ha ocasionado que los jueces ordinarios se inhiban por incompetencia, generando graves vulneraciones de derechos y la necesidad urgente de modificar este artículo y permitir que en materia laboral el recurrente pueda optar sea por la justicia deportiva como la justicia ordinaria, que son reconocidas tanto por el Estado ecuatoriano como por la FIFA y que coexisten perfectamente de no ser por el análisis de la norma que hemos realizado.

4. CONCLUSIONES

En síntesis, la justicia deportiva tiene total legitimidad tanto en la organización deportiva por la naturaleza privada de la estructura organizativa como tal y de la práctica del deporte y por ser un método aplicable y viable para la resolución de conflictos por lo que implica la actividad laboral "sui generis" que representa el ser futbolista, por la estabilidad laboral, el corto tiempo de actividad deportiva y la especialidad en la materia que generaría soluciones prontas y oportunas.

Al igual que lo anterior, también es legítimo en el reconocimiento de autonomía que el Estado le brinda a la justicia deportiva, una vez regularizada la situación jurídica de los clubes y federaciones ante las instancias de control dispuestas para el efecto.

De la misma manera, tanto la justicia deportiva de naturaleza privada, así como la justicia ordinaria administrada por el poder judicial del Estado, ejerce jurisdicción al conocer los conflictos de naturaleza laboral que emanen de la práctica profesional del fútbol, legitimado en el reconocimiento mutuo que mediante la normativa especial se perfecciona y la voluntad de los interesados de someter la controversia a cualquiera de los dos sistemas.

Esta opción que manejan las partes no entran en conflicto con la normativa deportiva, lo que no sucede con la Ley del Futbolista del Ecuador, específicamente en su artículo 37, que ha sido fundamento "suficiente" para que en algunos casos los jueces se inhiban de conocer los casos por incompetencia o lo mencionen como prerrequisito para acceder a la justicia ordinaria, en razón de la deficiente redacción e interpretación del mencionado artículo que prevé como una suerte de instancia previa a la justicia ordinaria al Tribunal Arbitral Especial de la FEF, cuando exige que las controversias en materia laboral deben

ser resueltas por esta instancia para poder acceder a la justicia ordinaria, por lo que es necesaria la reforma de la citada norma abriendo la posibilidad de que tanto la Justicia Deportiva como la Ordinaria puedan ser las competentes para resolver la controversia según la voluntad de los interesados.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta, R. (2005). Gestión y Administración de las Organizaciones Deportivas. Primera Edición. Barcelona, España. Editorial Paidotribo.

Balbín, A. (2015). Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P. El concepto de derecho de trabajo. 360. Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/50671/Documento_completo.pdf?sequence=1

Blanco, E. (2006). *Manual de la Organización Institucional del Deporte*. Primera Edición. Barcelona, España. Editorial Paidotribo.

Cabanellas, G. (2008). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Carta Olímpica (2016). Recuperado de: http://coe.org.ec/index.php/organizacion/171-documentos/123-carta-olimpica-vigente

Cisneros, M. B. (2007). *Derecho del Trabajo*. México. Oxford University Press.

Congreso Nacional del Ecuador (1994). Ley del Futbolista Profesional. [Ley 56 de 1994]. RO: Suplemento 462.

Congreso Nacional del Ecuador (2005). Código del Trabajo. [Codificación 17 de 2005]. RO: Suplemento 167.

Congreso Nacional del Ecuador.(2006). Ley de Arbitraje y Mediación. [Codificación 14 de 2006]. RO: Suplemento 417.

Congreso Nacional del Ecuador (1994). Ley del Futbolista Profesional. [Ley 56 de 1994]. RO: Suplemento 462.

Congreso Nacional del Ecuador (2005). Código del Trabajo. RO: Suplemento 167.

Congreso Nacional del Ecuador (2006). Ley de Arbitraje y Mediación. [Codificación 14 de 2006]. RO: Suplemento 417.

Constitución de la República del Ecuador (Const). (2008). Registro oficial 449

Dávalos, J. (2016). *El Derecho del Trabajo.* Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4458/7.pdf

Echeverría, M. (2010). La Corte Arbitral de Deportes (TASCAS) como mecanismo moderno para la resolución de disputas en el fútbol profesional. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18578/18818

Estatuto de la FIFA. (2016). Recuperado de: https://img.fifa.com/image/upload/h6umsppqkszgedxmo1be.pdf

Gladstone, A. (1988). *El Arbitraje voluntario de los conflictos de intereses*. Suiza: Organización Internacional del Trabajo

Gladstone, A. (1988). *El Arbitraje voluntario de los conflictos de intereses*. Suiza: Organización Internacional del Trabajo

Graham, J., Sánchez, D. (2014). *El Derecho Internacional del Fútbol.* Segunda Edición. Monterrey, México. Zamanga, Editorial.

Mestre, J., Brotóns, J., Manzano, M. (2002). *La gestión deportiva: clubes y federaciones.* Primera Edición. Barcelona, España. INDE Publicaciones.

Monroy, A. y Sáenz, G. (2010). *Estructura y Organización del Deporte en España*. Primera Edición. Sevilla, España. Wanceulen Editorial Deportiva.

Reglamento del Estatuto y la transferencia de jugadores (2018). Recuperado de: https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/70/95/52/regulationsonthestatusandtransferofplayersjune2016_s_spanish.pdf

Rosero, N. (2017). *Arbitraje Deportivo: Experiencia del Tribunal Arbitral Du Sport*. Recuperado de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19811

Recibido: 19 de julio de 2018

Aceptado: 4 de noviembre de 2018

Favio Andrés Velasco Guevara: Investigador Jurídico, Consejo de Educación Superior (CES)

Correo electrónico: faviovelascoguevara@gmail.com

El procedimiento coactivo en la legislación ecuatoriana de los últimos años (2005-2018), y su régimen en el código orgánico administrativo

The "coactive procedure" in the ecuadorian legislation of the last years (2005-2018), and its regime in the organic administrative code

Luis Adrián Serrano Chica
Investigador Jurídico, Agiltram S.A.

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 107-115, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el procedimiento coactivo se refiere a la aplicación de la potestad administrativa respecto de una obligación que los ciudadanos o extranjeros contraen por varias circunstancias en un estado determinado; respecto del procedimiento administrativo, varios cuerpos legales han determinado su estructura y aplicación procesal. El Código Orgánico Administrativo se impone sobre la normativa anterior para regular en la actualidad este procedimiento que merece un análisis retrospectivo respecto del debido proceso, el derecho a la legítima defensa, la seguridad jurídica y sus principios en general, para determinar si ha logrado superar los vacíos procesales y legales que han sido observados en anteriores leyes.

PALABRAS CLAVE: procedimiento coactivo, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, debido proceso, Administración Pública.

ABSTRACT: The coercive procedure refers to the application of the administrative authority with respect to an obligation that citizens or foreigners contract for various circumstances in a given state; Regarding the administrative procedure, several legal bodies have determined its structure and procedural application. The Organic Administrative Code is imposed on the previous regulations to regulate at present this procedure that deserves a retrospective analysis regarding due process, the right to self-defense, legal security and its principles in general, to determine if it has managed to overcome the gaps procedural and legal that have been observed in previous laws.

KEY WORDS: coercive procedure, legal security, effective judicial protection, due process, public administration.

INTRODUCCIÓN[50]

Existen obligaciones reconocidas por la ley ecuatoriana (Código Civil del Ecuador, Art. 1435), que los ciudadanos del Estado deben cumplir, por ejemplo en materia tributaria; en caso de inobservancia de esta clase de obligaciones la administración pública tiene mecanismos como el procedimiento coactivo con el cual se encarga de ejecutar forzosamente estos deberes de los mandantes con el Estado pues al contar este con la conocida autotutela administrativa, que se entiende como la capacidad que tiene la administración pública para tutelar por sí misma todo fenómeno jurídico en el cual se vea involucrado el estado (García de Enterría, 2006); tiene legitimidad para aplicar estas medidas.

Lo anterior dicho intenta explicar en concreto el procedimiento coactivo al que la ley faculta a través de sus instituciones para el cobro de toda obligación que los sujetos de derecho no han cumplido a pesar de ser advertidos a través de actos administrativos (Toscano, 2013) y su aplicación (COA, 2018), son precisamente estos parámetros de estructura administrativa las guías necesarias en el momento de iniciar el procedimiento coactivo, además de reconocer cuáles son las especificidades que los empleados recaudadores deben observar.

La legislación ecuatoriana trataba este tema en el ahora derogado Código de Procedimiento Civil determinándolo como una vía para hacer efectivo el pago que se le deba al estado (Código de Procedimiento Civil, 2005), después, en el año 2015 se promulga el Código General de Procesos que se encargó de tratar el procedimiento coactivo hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo a mediados de 2018.

Al igual que en los anteriores cuerpos normativos el COA inicia con el reconocimiento de la obligación, reservándose para su ejecución un procedimiento específico y cuyos términos están establecidos, es decir, que no se podrá pedir su tramitación abreviada (COA, Art. 163)

50 Esta nota de revisión fue originalmente elaborada considerando el escenario del Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos laborales (norma derogada el 21 de agosto de 2018)

pues los ejecutores son los “empleados recaudadores” a los cuales la ley les otorga la acción coactiva.

El empleado recaudador iniciará el procedimiento coactivo solamente con la orden de cobro, y se valdrá para probarlo de toda constancia en los archivos públicos. En este momento existe previo iniciar el procedimiento, la posibilidad de excusa por parentesco; cualquier impugnación será conocida por la jurisdicción contenciosa administrativa, buscando el objetivo primordial que es el cumplimiento de la obligación (COA, Art. 282) que se lo logra a través del secuestro y embargo de bienes como también por medio de acuerdos de Pago.

El presente trabajo busca plantear ciertas observaciones que podrían afectar ciertos derechos de los ciudadanos del Estado ecuatoriano, como es el del debido proceso, la seguridad jurídica e incluso la tutela judicial efectiva, ya que se piensa que hay una clara inconsistencia con el principio de progresividad del cual en el sentido de aprobación normativa evitan disminuir o limitar derechos sino ampliar el espectro normativo en beneficio de las finalidades estatales y sus ciudadanos (Mancilla, 2015), se espera que las siguientes líneas sirvan para que el autor sea capaz de emitir sus propias conclusiones respecto a esta temática.

1. DETERMINAR LAS POSIBLES VULNERACIONES A LA SEGURIDAD JURÍDICA, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO, RESPECTO DEL COA

El COA como vía procesal en los procedimientos administrativos tienes como finalidad servir a la colectividad a través de la expedición de una normativa que satisfaga las exigencias con el reconocimiento de ciertos principios (Constitución del Ecuador, 227). Esta ley denomina procedimiento coactivo a esta facultad del Estado que fue conocida anteriormente como juicio coactivo (El Universo, 2013), el nuevo Código para el manejo administrativo del Estado entiende al “Juicio Coactivo” por su naturaleza administrativa, detallando su procedimiento con sus limitaciones y determinando indirectamente la nueva forma de llamar a la exigencia de una obligación dineraria a favor del Estado.

De lo anterior dicho se identifica una acertada conceptualización del procedimiento coactivo como tal, así mismo existía con la legislación anterior un problema, que por ser simple y comprensible no debe pasar

desapercibido pues el sistema legal debe ser claro y preciso, para no generar controversias innecesarias en el momento de aplicar la norma. Es por esta razón el ejecutor delegado por la institución pública para la cobranza, tomando en cuenta que en el Código Orgánico de la Función judicial, ya no existe el "Juez de Coactiva" (Código Orgánico de la Función Judicial, 2013) en el COA se lo va a denominar como "Empleado Recaudador" al servidor público que forma parte de la función administrativa, logrando con esto eliminar confusiones respecto de los llamados "Jueces de coactiva", que no son más que funcionarios públicos y por lo tanto su naturaleza es administrativa (LOSEP, Art. 4). Una vez aclarados las malas conceptualizaciones del procedimiento coactivo y los servidores públicos que ejecutan o activan la autotutela administrativa se reconoce que un empleado recaudador ejerce su competencia administrativa y busca en cumplimiento de sus funciones hacer exigible la obligación al sujeto pasivo con la finalidad de entregar al Estado lo que le pertenece (que es de todos).

Este problema históricamente se daba cuando el empleado recaudador se extralimita en sus funciones y emite autos de ampliación, con los cuales permiten levantar el velo societario sin probar anticipadamente la responsabilidad, amparándose en el derogado Art. 1 de la "Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales", es precisamente el COA el que debería solventar esta posibilidad en la actualidad junto con la ley orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo, estabilidad y equilibrio fiscal. Situación en la que excede su competencia administrativa el empleado recaudador y ocasiona una serie de violaciones a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica, además de la responsabilidad limitada.

La tutela judicial efectiva es la posibilidad que tiene la persona de acceder a los órganos jurisdiccionales de justicia, organismos que poseen el monopolio de la administración de justicia y a los cuales se les puede exigir el reconocimiento de un derecho (Enciclopedia Jurídica, 2008), llevar a cabo esta acción tiene como fin impedir la indefensión,

En el párrafo anterior intenta determinar circunstancias donde los empleados recaudadores emplean este artículo (Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales), y proceden sin haber sido reconocido por el juez a través de sentencia una defraudación fiscal, puede pedir además medidas precautelares incluso a personas naturales que gozan del respaldo de la responsabilidad limitada, sujetos cuya obligación social responde solo al monto de su aporte individual (Ley de Compañías, Art. 92).

Si bien existen vacíos que debe suplir el COA, también existen aciertos como una definición exacta de la acción coactiva (Toledo, 2017). Dotando de límites a los empleados recaudadores para alcanzar las medidas cautelares específicas del código, lo cual logra vincular a la competencia judicial las medidas personales permitidas en el COA, de esto es posible tener una idea clara del procedimiento (sumario) que se debe seguir sí se necesita ampliar las medidas cautelares reales a una personal como la prohibición de salida del país.

Dentro del procedimiento coactivo, es la notificación del título de crédito a través de la prensa una de las vías posteriores al Auto de Pago más frecuentes por la cantidad de usuarios a quienes se les reclama el cumplimiento de una obligación. Este acto que cumple con una obligación de dar a conocer a los interesados una resolución recaída en un trámite o en un asunto de carácter judicial (Cabanellas, 2010) y también puede pedir Medidas Cautelares, lo que termina por comunicar al deudor que ha incumplido y se ha iniciado en su contra del procedimiento coactivo (COA, Art. 167).

Sin embargo, el COA solo determina que se publique un extracto del acto administrativo, pero no comunica a la contraparte, quién es el funcionario, ni siquiera los detalles del proceso con el cual el presunto obligado puede reconocer el contenido real del procedimiento que está en su contra, sería ilógico que se pida la publicación del procedimiento completo, pero basta con saber qué institución ha iniciado el procedimiento, quién es el representante legal de la institución a quien se le ha delegado iniciar el procedimiento coactivo y datos relevantes, que le permitan como se dijo anteriormente una perspectiva clara de su situación y como debe responder.

Es decir que, una vez iniciado el procedimiento coactivo, la notificación comunica un procedimiento iniciado (María Laura Valleta, 2007) no solo se da a conocer, sino que emana de una autoridad competente para iniciarlo.

No todo lo que viene en el COA son aclaraciones y vacíos, tiene estructuras jurídicas procesales, como la determinación de términos, es necesario observar que el COA tiene varios principios incluidos en su normativa, y a su vez estos motivan y orientan su razón de ser, uno de estos es el de razonabilidad, este principio se refiere a la motivación de la decisión administrativa, como a observar que la motivación no es suficiente, respecto de este principio el profesor Bidart Cam-

pos sostiene que «lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad" es decir que busca la justicia en el procedimiento judicial (Maldonado Muñoz, 2013), para lo cual también se debe observar un razonamiento completo de las causas que generaron el incumplimiento y la solución para los efectos que se generaron.

Para entender de mejor manera lo anterior expuesto véase por ejemplo la circunstancia de pérdida de trabajo de un usuario que ha solicitado un crédito hipotecario con una entidad financiera pública (propóngase el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social) y por esta razón no puede cumplir el pago del crédito hipotecario o con las cuotas a favor del BIESS, por lo cual, el fin por el cual el BIESS ofrece créditos de vivienda es la posibilidad de generar vivienda, cuando no paga como castigo dejo sin vivienda a quien incumple, esto es una contradicción en sí misma, lo razonable es no solo permitir acuerdos de pago sino determinar una tabla razonable con el deudor, buscando la oportunidad de permitirle al usuario cumplir con su obligación principal y salvar la obligación accidental.

El COA no precisa una sanción a los funcionarios que permiten se acumulen más allá de los previsto por la ley los términos para iniciar un proceso coactivo, es decir que la burocracia que no es otra cosa que la administración que determina la potestad administrativa (Martínez Castilla, 2016) tiene plazos prestablecidos para proceder una vez que se haya vencido el plazo para el pago voluntario (COA, Art. 279) lo cual en el ámbito social genera que los valores impagos se acumulen por el incumplimiento varios meses, al ver que existen varios meses e incluso años de mensualidades acumuladas, al ejecutar y activar el procedimiento coactivo, se genera un obstáculo económico casi imposible de superar, condenando al deudor a incumplir irremediablemente con su obligación.

Por lo tanto, existe una falta en la responsabilidad de las instituciones públicas (determinadas instituciones) respecto del empleado recaudador, al igual que no existe una sanción en el incumplimiento de períodos que regula la ley al retrasarse en los pagos progresivos que incumple el deudor, visto que no ejecuta o acciona el procedimiento coactivo, por lo cual la acumulación que esto genera crea un sinnúmero de complejidades, que terminan por afectar la posibilidad se solventar la falta en el cumplimiento y la posibilidad continua y obligatoria de mantenerse cumpliendo con la obligación de pagos progresivos.

En su intervención respecto de las observaciones en el tema coactivo, se refiere diciendo que cuando se le mete la mano con toda la fuerza estatal al ciudadano (Moreta, 2016), observa la imposibilidad de impugnación a los actos administrativos (COA, Art. 263), es tétrico tener que acudir al Contencioso competente sin antes verificar a fondo (esto a través de un artículo de revisión), permitiéndole al presunto deudor aplicar su derecho a la legítima defensa (CE, Art. 76) de la obligación que se le establece vía administrativa y de la cual sufre la fuerza que inmoviliza su libertad financiera y patrimonial.

2. CONCLUSIONES

El proyecto normativo que además ahora está vigente para la administración pública y lo que a esta respecta, es conocido como Código Orgánico Administrativo, logra enfrascar en su texto el procedimiento coactivo; sin embargo, padece de irregularidades procesales que pueden atentar contra el derecho a la legítima defensa constitucionalmente amparada, como también al debido proceso.

El legislador no observa en el Código Orgánico Administrativo, ni exige la derogatoria expresa o tácita respecto del Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, con la cual por mucho tiempo el funcionario recaudador ha buscado cumplir con la exigencia de la obligación, sin observar si existe responsabilidad del coactivado o terceras personas naturales o jurídicas, hacia las que se extienden las medidas cautelares. El Código Orgánico Administrativo debe estar a la par con el principio de progresividad, que observa que las nuevas leyes que formen parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, llenes los vacíos preexistentes en la ley, y logre superarlos de manera efectiva, esta observación es expuesta respecto del legislador en primer lugar, y del producto que es el COA.

De lo anterior dicho encontramos estas irregularidades, pues el legislador no ha observado las mismas ni cubre los vacíos legales y procesales que permiten que una ley sea eficaz y aplicable en un ordenamiento jurídico que se va adecuando a las necesidades sociales, al no hacerlo, permite que en un procedimiento coactivo se vulneren derechos, es por esto que se debe reflexionar y exigir que estos temas tratados en esta investigación, sean resueltos, para beneficio de la administración pública y del ciudadano.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabanellas de las Cuevas, G. (2010). *Diccionario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

El Universo (2013). *Juicio de coactiva termina con remate de bienes incautados*. Quito, Ecuador: El Universo: https// www. eluniverso .com/ 2003/05/26 / 0001 /9/ AB931502523443E4B1E51071ABFE0205.html

García de Enterría, E. (2006). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Larrea Holguin, J. (2008). *Enciclopedia jurídica ecuatoriana: voces de derecho civil*. Quito, Ecuador: Fundación Latinoamericana Andrés Bello.

Maldonado Muñoz, M. (2013). *El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas*. Revista de Derecho Ius Humani, N° 3, España: Dialnet.

Mancilla Castro, R. (2015). *El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 33, México: Elsevier.

Martínez Castilla, S. (2016). La burocracia: elemento de dominación en la obra de Max Weber. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 9, Colombia: Misión Jurídica. http://unicolmayor.edu.co/publicaciones/index.php/mjuridica/article/view/456

Moreta, M. (2016). Sesión 430 - Código Administrativo. Quito, Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador. https://www.youtube.com/watch?v=b40E5NOo_XE

Toledo, F. (2017). *Elementos de la acción coactiva*. Colombia, Cali: Doctrina y Ley.

Toscano Soria, L. (2013). *Procedimientos administrativos y contenciosos en materia tributaria*. Quito, Ecuador: Correo Legal.

Base Legal

Código de Procedimiento Civil. Codificación 11 Registro Oficial 58. Honorable Congreso Nacional. Quito, Ecuador 12 de julio del 2005.

Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial 31. Asamblea Nacional. Quito, Ecuador. 07 de julio del 2017.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506. Asamblea Nacional. Quito, Ecuador. 22 de mayo del 2015.

Código Tributario. Registro Oficial 38. Honorable Congreso Nacional. 14 de junio del 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Asamblea Nacional. 20 de octubre del 2008.

Recibido: 10 de junio de 2018

Aceptado: 3 de noviembre de 2018

Luis Adrián Serrano Chica: Investigador Jurídico, Agiltram S.A.

Correo electrónico: luad.777@gmail.com

Perspectiva de la juventud actual en relación con la evolución del feminismo

The Perspective of Today's Young People in Regards to Feminism's Evolution

María José Núñez
Investigadora Jurídica, Vaca Abogados

Artículo Original (Miscelánea)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 117-134, ISSN 2588-0837

RESUMEN: este proyecto tiene como finalidad, describir una realidad que afecta a la mayoría de la población femenina y en ciertos aspectos también a la población masculina, la lucha por la igualdad. Reivindicar por movimientos como el feminismo. Este movimiento será analizado desde sus orígenes a la luz de las múltiples posturas que han surgido a través de los años. Además, se enfocará en la importancia y la forma en que este movimiento ha causado impacto "positivo" y "negativo" en la sociedad contemporánea y cómo estos han sido divulgados.

PALABRAS CLAVE: evolución, fenómeno, ideología, discriminación, levantamiento.

ABSTRACT: the purpose of this project is to describe a reality that affects the majority of the female population and in certain aspects also the male population, the struggle for equality. Claim for movements like feminism. This movement will be analyzed from its origins in the light of the multiple positions that have emerged over the years. In addition, it will focus on the importance and the way in which this movement has caused "positive" and "negative" impacts on contemporary society and how these have been disseminated.

KEY WORDS: evolution, phenomenon, ideology, discrimination, uprising.

INTRODUCTION

Behind the term feminism is a long history filled with struggles and efforts: initially by women, and over time, with the support of men as well. Knowledge of this topic allows people to understand why, even in the 21st century, the fight continues to obtain equal rights and put an end the machismo that has always existed. However, with time, the meaning of feminism has been lost, creating confusion by leaving behind the beginnings of struggle that our female ancestors went through in order to achieve equality in certain aspects that we now enjoy.

In order to understand what defines feminism, we must understand its origins in the French Revolution, since in this struggle—in which both men and women participated—only men obtained a benefit. This resulted in women wanting to be taken into account, not only as objects, but as people with the same rights as males; this event is therefore considered the occurrence which allowed feminism to form part of a "revolution" of a group of women, and not just an idea that many had and longed for.

We will then analyze important events that marked advances for feminism in different times and places, as well as how this small struggle gained popularity and importance and changed the lives of women, opening up opportunities for them to enjoy their rights: mainly in the political, social, economic and educational areas, and in their sexuality.

In addition, these events seek to denounce the mistreatment suffered by women during various periods and in different ways at the hands of men and by other women. We will discuss major examples of women who decided to rebel against the traditional and take a step forward to demonstrate their skills and counteract the idea that being a woman is considered a disadvantage.

Feminism in modern times will be addressed, as will the influence of past struggles and how they gave women a free pass to a life, while not completely equal to that of men, nonetheless with certain advantages for enjoying rights as human beings.

At present, the struggle of feminism has been divided into two parts: the people who still struggle for the ideology of a free place and equality between all; and, on the other hand, those who fight for the superiority of women over men, in which the true concept of what is behind the

feminism movement has been lost. To better understand the different concepts, we will use examples and explain how this has nothing to do with feminism, but rather, with hembrism.

As a movement that is starting to gain popularity throughout the world, feminism has begun to create different types of currents that are based on the social, political and economic practices of the area in which these feminist groups appear; as such, their objectives have not always coincided. The first wave of feminism will be discussed and how it influenced the creation of other branches.

At the beginning of the second wave, currents so different from one another that they become polar opposites will be compared. In addition, we will discuss each current's major influences, its authors, and how their works were those which encouraged the enjoyment of feminism in different forms.

Finally, through a set of interviews with a group of people of different ages, feminism's current characterization is established, as well the relative knowledge existing on the subject.

Feminism's meaning is very important at present; therefore, it should be treated with great delicacy and precision so as to put an end to misunderstanding and misrepresentation. People must take into account what was and is the reason for this movement: firstly, to end the inequalities established in antiquity and, secondly, to fight for the recognition of women's abilities and rights, always in a struggle in reach of both women and men.

1. FEMINISM THROUGH HISTORY

Feminism is a topic which, over time, has gained great acceptance by the majority of the population, but, in order to reach this point, it was necessary to pass through many battles. This was due to being a movement that was not socially accepted, and which caused controversy by trying to break with the typical stereotypes that women faced with changes to the prevailing ideology, religion, and due to the little support, that was provided.

This chapter seeks to provide an understanding of feminism's history, from its origins in the French Revolution, proceeding through

different stages to the present, and how it is experienced today; all this is with the aim of providing information on why this movement arose and what its achievements were throughout history.

1.1. French Revolution

The feminist movement's origins date back to the time of the French Revolution. Prior to this event, there were already women who individually set forth the concept of women's equality; but for the existence of a true movement with the participation of not just an individual, but an entire group, it was necessary to wait for the French Revolution.

To begin with, it must be borne in mind that, since the beginning of the French Revolution women have been ignored or left out of historical events, just as happens in the historical narratives of how this famous revolution began. However, we must assume that women did participate, and have great relevance (Ocaña, 2003).

> On October 5th, 1789 a woman interrupted the comings and goings in a Paris market: with the aid of a drum, she summoned the women who surrounded her. Soon, about seven thousand women had gathered. Armed with "pikes, clubs, muskets, knives and swords," they began the march towards Versailles to demand that the king solve the bread shortage in the capital and that Declaration of Rights of Men and Citizens be signed - they threatened to use a cannon to open the palace doors (a motif which is repeated in several engravings from the time).
>
> The next day, with the collaboration of the National Guard, the march managed to get the king and his family out of Versailles to take them Paris, thus making it difficult for them to escape France and take refuge from the Revolution abroad (Barba, 2016).

With the aforementioned it is shown that it was the women who initiated this uprising and the men who followed it. It was a fight in which both men and women united to struggle for the same end, and as a final result, achieve the French Constitution; however, this document, ensuring the rights of human beings, denied women access to political, voting and speaking rights before the legislature, in other words, women lost their rights to equality compared to other individuals.

This caused Olimpia de Gouges, writer, French politician and feminist of her time, to write and publish the Declaration of Woman and Citizens in the year 1791. Due to her revolutionary spirit she was imprisoned without the right to defense or to be judged and on November 3, 1793 was guillotined by the French revolutionaries. This served as a complaint and a claim against the revolution for leaving women out of the ideology of "Liberté, Egalité, Fraternité" (Ocaña, 2003).

Unfortunately, it was a time when men did not accept the idea of sharing equality and freedom with women, so this meant that women failed in the revolution to claim their rights. However, this was what began the movement and motivated women to continue with their demands.

1.2. Important Historical Data

In order to have a clearer idea of this movement's entire struggle, from its creation following the French Revolution to the present, the most important historical dates will be explained and how the movement's actions paid off.

1848: date recognized as the year in which the first feminist movement on the American continent was founded by Elizabeth Cady Stanton and Lucretia Mott, who led a group of 90 men and women who sought equality and equal rights for women, mainly in the political and civic arenas. In the end they achieved approval of the document known as the "Declaration of Feelings" in the State of New York, and with this the beginning of the channeling of conscious feminist movements (Miyares, 1999).

1893: the feminist movement's first triumph occurs. For the first time in history, women were able to enjoy the right to vote in national elections in the country of New Zealand. Following this, various other countries followed the example. In Europe, Finland became the first country on the continent to accept the female vote (Camino, 2017).

1903: on this date we have two important events for women: the first is the creation of the Social and Political Union of Women and the second is that Marie Curie, a leading female scientist, became the first woman to win a Nobel Prize.

The Social and Political Union of Women had as its purpose the protection of women within the British system, a group made up only of women and led by Emmeline Pankhurst and the followers, who called themselves the suffragettes. This union was aimed at enabling women in the United Kingdom to vote. At the beginning, their protests were peaceful, but over time and seeing a lack of results, they began to turn violent.

This caused an impact on society, as it was the first time that women resorted to such a system. In the end, the result was obtained in the year 1968, when women achieved the vote and the law began to be written to include women (Felis, 2015).

Another important event occurred this same year, when Marie Curie, a leading female scientist, became the first woman to win a Nobel prize twice. The first was in physics, in recognition of she and her husband's discovery of polonium and radium, thereby leading to the discovery of radioactivity; and the second was in chemistry, but this time alone (her husband was hit by a horse carriage and died). The recognition in this case was for explaining radium and its elements (Parra, 2012).

1908: an important date, since it brought about international women's day. Before explaining this date, we must have a broad knowledge of the events that transpired in previous years, and how they allowed for creation of this "celebration": In 1857, a march was held in order to demand a work day free from worker exploitation, specifically for the seamstresses at a textile company in New York. The best way to put an end to the abuse was to obtain a work schedule of just 10 hours; all this happened in the month of May. (Portugal, 2014).

In 1857, in the month of May, a group of shirt collar ironers, also from New York, started a strike for a raise in wages; unfortunately, upon not achieving the desired results, they were forced to stop and return to work three months later (Portugal, 2014).

On May 3, 1908, a celebration known as Women's Day was held in Chicago. Its primary aim was to demand women's rights in the workplace, the vote and the voice of women in politics, to raise awareness regarding the sexual harassment suffered by women in the

workplace and to include their vote in the war contract. As an extra, the increase of female unions in these times was recognized.

Different events in the nineteenth and twentieth century are what have led to commemorate and remember the anniversary as we know it. One of them dates back to March 8, 1857, when hundreds of women from a textile factory in New York went out to march against low wages, which were less than half what men perceived for the same task, it ended with the bloody figure of 120 women killed as a result of the brutality with which the police dispersed the march. That led to two years later, the workers founded the first women's union (Matte, 2018).

Since then, women's mobilizations have become more visible, especially after 1909, when Socialist Women in the United States commemorated National Women's Day for the first time on February 28. Finally, in 1910, May 8th was proclaimed as International Women's Day, with the aim of raising awareness and obtaining equal rights; however, it was not declared an official day by the United Nations (UN) until 1977 (Portugal, 2014).

1.3. Present Days

Feminism will always be considered as a manifestation of great historical importance, primarily for women, but today it can be considered that there is still a strong degree of ignorance regarding its meaning--so much so that many people tend to confuse the term's intent. At present, there is an entanglement between the terms feminism and hembrism, since the former seeks equality between men and women, while the latter seeks women's superiority. Consequently, what real feminists seek is for women to defend their ideology, and for men to support and respect this movement (Montero, 2006).

In the 1980s, the independent feminist movement defined its objectives and strategies based on a discourse of its own, although not unitary.

Among the different analyzes, there is one that becomes stronger and has greater acceptance among women and is called the difference. This discourse understands that the struggle for the disappearance of social and economic inequalities is not enough.

At present, women have made great progress in achieving equal opportunities in many aspects, but there is still a need to overcome certain existing stereotypes and achieve the end of patriarchy. In the workplace, women still earn a lower salary than men, even when doing the same job. In many parts of the world, women cannot obtain certain jobs because they are female (with the same facilities as men), or do not receive the promotion they deserve because it is thought that they are not as capable of the same level of workplace commitment. According to the ILO: The road to equality at work is still long, "he added, citing the most recent data compiled in the region, in a statement released on the occasion of International Women's Day, in which he states that information on Disparities in access to labor markets should be considered as "a call to action".

Another current issue of relevance is the misuse of the word feminism: misused by some to obtain certain benefits for being female, or as a provocation for a struggle not truly necessary for women. For example, one of the most debated issues is the struggle created by certain authors, who point out the existence of sexist language which excludes women, and claim that this incites macho culture, but these arguments are not valid.

According to the Royal Spanish Academy (2018), "The explicit mention of the female is justified only when the opposition of the sexes is relevant within the context," in other words, only when required. In the case of this struggle, there are two points of view: the first is that women wish to suppress the lesser valuation of the female gender and seek recognition of their positive features as well as their abilities, mainly in labor positions, for example as "president" or "boss" (in Spanish, with the feminine gender, "presidenta" and "jefa", rather than the masculine/neutral "presidente" or "jefe"); but from the second point of view, this can go to an extreme when the aim is to eliminate the male generic use in contexts--in other words, that absolutely all masculine terms are also feminine, with the most famous example being "miembros" ("members" in English) to "miembras" (Cotreras, 2017).

It can be deduced that the loss of feminism's meaning has a great deal to do with the extensive use of social networks, since many women use these mediums to express their "feminist" point of view and their complaints about men. These types of women have earned the name

of feminazis, who are people who have converted their ideology into fanaticism and are part of a true movement of hembrism.

Their speech therefore causes discriminatory and hateful attitudes toward men by criticizing every act they do or say; because, according to this type of women, their every act is against women. One of the most striking examples is that a man acts like a gentleman with a woman because this demonstrates women's weakness and the dependence that we have on men. This type of thinking is not typical of the feminist movement, and for this reason, there are many feminists who denounce this type of action and ask that such attitudes not be considered as representative of their struggle. The struggle of feminism has been on-going for many years and will continue into the future. It is now possible to enjoy the results of this, but certain points remain to be resolved. As the movement has gained acceptance, so has the number of participants willing to help to look for ideas to solve the problems affecting women's well-being and denounce injustices (Cotreras, 2017).

2. WAVES OF FEMINISM

Throughout history, feminism has undergone changes, mainly because of the variable types of ideology existing, or because of women's different needs. The creation of these feminist currents seeks to obtain their result through different strategies. We will thus speak specifically about three main currents that are very important, and that can be compared because their differences are clear.

2.1. Enlightenment

Also known as the first wave, its beginnings were from the French Revolution and as discussed before, in these times women sought to be recognized as free to receive their rights as citizens and also in the field of education, but not this was considered a movement because it was claimed individually rather than collectively. Mary Wollstonecraft is the representative of this current. Through her writings in 1792, the English author claimed independence for women, primarily before their husbands, and sought for women to have access to education since this would allow them to be considered equal to men (San José, 2017).

At this stage of history, such behavior was not well regarded by men. This led to a backlash against women, who were not allowed to exercise the rights they requested. New prohibitions were created in addition to the obligation they had to obey to their husbands in marriage contracts, and for this reason, the creation of the feminist movement by Wollstonecraft caused displeasure on the part of Napoleon, who established that women were not competent (Villatoro, 2018).

> The Code of Napoleon, thereafter imitated throughout Europe, once again made marriage into an unequal contract. Article 321 demanded the wife's obedience to the husband and granted divorce only in the case that the husband brought his concubine into the conjugal home. (Nuria, 2008)

Neither did women have the right to make decisions regarding their bodies, since they were not their own. This is when abortion was banned--until present a subject of great controversy (Villatoro, 2018).

a. Liberal

The liberal movement has its origins at the end of the 19th and the beginning of the 20th centuries. The struggle at this time no longer only sought for women to obtain the vote, but also gave great importance to the workplace, in which women should have the same opportunities as men to hold power in the same positions (Ilabaca, 2017).

Women began to speak out about their experiences when excluded from society, the inequality they felt in work opportunities, and the oppression they experienced on a daily basis, which led to the creation of support groups. Over time these groups decided that the world should be aware of the inequalities they experienced in their daily lives. They did this through demonstrations and marches, in which they also requested consideration for important political and work positions, so as not to remain simply as housewives.

The liberals knew that there would be certain barriers to achieving their objectives, and that they would probably have to endure workplace exploitation in order to demonstrate their capacity to do the same work as men (Ilabaca, 2017).

> The awakening of consciousness is the common discovery of a situation of oppression. It consists of a practice that shows social designs from a different perspective. It is the basic tool for transformation within this theory, since it allows a silenced group to manifest and enunciate social strategies and practices through which power--male power--oppresses society's other half. (Böhmer, M, 1993, p 185)

The liberal movement continues to be appreciated by present-day feminists, since their struggle is to seek workplace equality and a fair wage for women. It is known that in most countries women are not able to obtain important positions because of their sex or, such as happens in the entertainment world, the actors in general earn twice the salary of the actresses, even if both are in leading roles.

b. Separatist

This movement is the polar opposite of enlightenment feminism, since its main objective to separate men and women and eliminate the value of a search for equality. The ideology held is that the male and female sexes are in no way similar, and that women should worry about and care for one other, leaving men aside. This movement reaches an extreme and aims to create certain places and spaces that are for women only, or in which only the female sex is benefited: for example, a company in which only women are hired or have certain preferences.

This movement adopts the idea that women can be superior to men and this is where the birth of the "feminists" occurs. These women think that everything negative that happens in the world is the fault of men, and as such, that women should be the ones who control everything (Sánchez, 2014).

This current has also been related to the term "lesbian feminism" because these women seek not to engage in any type of relationship with men, much less a romantic relationship.

> We affirm that a lesbian is a woman whose sense of herself and her energies, including sexual ones, are focused on women: our society demands that women reserve their commitment to men. The lesbian, the woman who identifies with women. The lesbian has been recognized for her support and love for men instead of perpe-

> tuating the system that works. If we have not committed ourselves to others, including sexual love, we deny ourselves the love and value traditionally given to men (Bunch, 1972).

Therefore, this movement is by women and only for women. It is thus necessary to clarify that women who follow lesbian feminism do not discriminate against heterosexual women; rather, they seek for them to give their support to the movement so that women can enjoy their sexuality freely and without prejudice.

A very remarkable author who is part of this movement is Rita Mae Brown. The history of this woman's struggle begins when Betty Friendan, a well-known feminist, gave her opinion in the National Women's Organization about being a lesbian. In her speech she gives the idea that lesbians are the bad example of what it is to be a feminist, because they are thought to be man-haters. It was at this moment that Rita decided to give her opinion in the work "The Woman-Identified Woman" in which she defended sexual diversity. Following this event, feminism underwent a radical change because its new objective was to support lesbians and their freedom to choose their partner (Mirales, 2016).

3. OUTLOOK OF CURRENT FEMINISM

For this final chapter, we analyzed the results obtained in a set of interviews with 23 people between the ages of 16 and 50 about their views and opinions of feminism; each question will also be analyzed in order to explain its concept and resolve any doubts regarding the subject. The idea of this chapter was to understand what is truly currently occurring with the feminism movement, and how the confusion of the term "feminism" with "hembrism" has influenced people's decision regarding whether or not to support this struggle.

3.1. Does machismo also oppress men?

The results obtained allow us to establish that the majority of people think that machismo oppresses men, with a favorable result of 78.3% of the interviewees. The majority of the people surveyed were women, but there was also participation by men, of which 5/6 thought that machismo oppresses men, in general.

Machismo not only denies that women can carry out the same activities as men or affirms that women are less valued than men; it also seeks to express that men should not have feminine attitudes and that they should always be "macho." Those who fully support machismo believe that there are social roles that must be respected, and that whoever rebels against these roles is in the wrong. Women holding attitudes that, according to stereotypes, only men should have, thus earn the name of "tomboy;" or, vice versa, men who act or do activities typically reserved for women are given nicknames like "pussy" and "fag" (Hernández, 2017).

The idea that men should only act like men is instilled in children when they are prevented from playing with dolls, when they are forbidden from crying because they show weakness, and above all, when they are told the famous phrase "be a man." This, from childhood, marks the idea that acting like a woman is something negative and that to do so will lead to judgement, or in more extreme cases, exclusion. Machismo is therefore a historical trend that discriminates against both women and men, preventing advancements in social acceptance, and to the contrary, holding it back by saying that women will never be enough, and that the abuse they have suffered is justifiable, while forbidding men to open their minds and accept how they can be or how other people are, as well as always having the idea that the masculine is superior to the feminine (Hernández, 2017).

3.2. Do you know meaning of patriarchy?

In addition, of the results obtained, only 21.7% of the interviewees do not know the meaning; but do they really know all the information about what this term is and how it originated?

The generation of feminists from the 60s to the 90s were those who fought the hardest against this system of oppression towards women, also known as the patriarchy.

This group of women was known for following the current of radical feminism, which was divided into: that of equality, whose theory is based on seeking the creation of a new social contract in order to obtain equality between men and women and, that of difference: in which the idea is to seek equality between men and women, but never

want to be like men; in this current, we seek to differentiate ourselves from men, but to obtain the same benefits (Fontenla, 2008).

Patriarchy is thus a term to disseminate men's superiority over women, both at home and in the public sphere. In the home, patriarchy was practiced, and in certain places continues until now, in which the only one who has the word is the father, and any opinion by the woman (wife) is not taken into account or is given less value.

Normally in these homes roles are created, in which the woman is in charge of everything in the home, between being a housewife and caring for the children, while the men go to work in order to maintain the household economy. Patriarchy has a strong influence in all areas in the home, from education, in which men are taught economics, politics, mathematics, etc., while women have to learn only subjects that are useful for better home management or are "feminine labors," such as sewing, cooking and caring for the husband (Bolen, s/a).

In the social field, women cannot express themselves openly because men might dislike this, or because their opinions have more weight than women's, and a woman is judged when trying to do "men's things" such as sports, discussing important issues, leading advances in science or simply wanting to build an object (Bolen, 2014).

In the economic sphere, since the man is the one who handles the family's accounts and who obtains the resources for the home, he thinks himself the owner of all the family participants because they depend on him. This allows the man believe that he has the power to make decisions regarding each one's life, which feeds his ego and his position of superiority over others (Bolen, 2014).

It is not at present possible to affirm that the patriarchy has been eliminated, but it has lost a great deal of power compared to past times. The struggle of women today is towards a total end to this custom of supremacy that, in itself, is what drives machismo in society.

4. CONCLUSIONS

Feminism paved the way for women to obtain their freedom, and the rights that every human being should have in regard to their way of thinking and being. It is a struggle that will always aim for

equality and the never the superiority of one sex other another; and therefore, it seeks fairness and that everyone is given the respect that they deserve.

Being a feminist today is a complicated issue, as not everyone supports the movement, and rather, feel a certain degree of intolerance towards women and men with such views. With the results obtained, it can be seen that people do not really know the topic's meaning, since for them it is not something of current importantance, but rather a subject that has already been overcome.

Feminists in our times are poorly viewed and stereotyped as people who blame the patriarchy for all their problems and primarily want to attract attention; those who know the subject know, however, that what they seek is to denounce the machismo that continues to exist to this day and the number of women who suffer from inferiority and harassment on the part of both men and women.

The story of how women have carried out this battle is an interesting topic, because it affects the reality of many women in the present day. It is seen that history puts women to one side, failing to give them credit for their participation in the majority of important events and for the influence they had on the men who have ruled the world. In explaining feminism's history, it is a question of people understanding that this movement seeks for women be considered free to enjoy their rights.

Women's acceptance in society has been increasingly notable, mainly in recent years. Where this process can be seen, however slowly, is in the Muslim culture, where women have never been able to consider themselves free to enjoy their rights and live repressed by men because of their beliefs or due to established norms that must be followed; in recent years, however, they have gradually gained approval as important members of society, rather than being considered as objects.

5. REFERENCES

Barba, S. (2016). *Feminismo explícito: La Revolución Francesa como ejemplo.* Retrieved from Letras Libres: http://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/feminismo-explicito-la-revolucion-francesa-como-ejemplo.

Böhmer, M. (1993). *Feminismo Radical y Feminismo Liberal. Pasos Previos para una discusión posible.* Doxa. Retrieved from Martín Federico Böhmer.

Bolen, J. (2014). *¿Qué es el patriarcado?* Retrieved from Maime Mujer: https://www.maimemujer.com/qu-es-el-patriarcado.

Camino, A. (2018). *En el Día de la Mujer, recordamos 21 momentos históricos que contribuyeron a avanzar en la lucha por la igualdad.* Retrieved from Tendencias: https://www.trendencias.com/feminismo/en-el-dia-de-la-mujer-recordamos-21-momentos-historicos-que-contribuyeron-a-avanzar-en-la-lucha-por-la-igualdad.

Castellanos, G. (2011). *El Feminismo Lésbico Dentro de la Teoría Política Feminista.* Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política.

Contreras, J. (2017). *La Tergiversación del Feminismo en la actualidad.* Retrieved from Latinamerican post: https://latinamericanpost.com/index.php/es/identidad/18291-la-tergiversacion-del-feminismo-reflejado-en-los-tiempos-de-hoy.

Felis, C. (2015). *'Suffragettes', la lucha por el voto femenino.* Retrieved from El mundo: http://www.elmundo.es/la-aventura-de-la-historia/2015/12/18/5672b589ca474134438b4698.html.

Fontenla, M. (2008). *¿Qué es el patriarcado?* Retrieved from Mujeres en Red: http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1396.

Hernández, J. (2017). *El machismo también afecta a los hombres: una razón más para combatirlo.* Retrieved from ''El Definido'': https://www.eldefinido.cl/actualidad/pais/9346/El-machismo-tambien-afecta-a-los-hombres-razon-mas-para-combatirlo/.

Ilabaca, J. (2017). *Sobre el feminismo liberal.* Retrieved from La Izquierda Diario: https://www.laizquierdadiario.com.bo/Sobre-el-feminismo-liberal.

José, L. S. (2017). *Historia de las mujeres (I): Historia del Feminismo.* Retrieved from Historia 2.0: https://historiadospuntocero.com/historia-del-feminismo/.

Matte, I. (2018). *El trágico origen del 8 de marzo como el Día Internacional de la Mujer.* Radio TELE 13. Chile. Recuperado de: http://www.t13.cl/noticia/mundo/por-se-conmemora-8-marzo-dia-internacional-mujer.

Mirales. (2016). Radicalesbians, o la lucha por la visibilidad lésbica en el EEUU de los 70´. *Revista MIRALES*. Retrieved from http://www.mirales.es/radicalesbians-la-lucha-la-visibilidad-lesbica-eeuu-los-70/.

Miyares, A. (1999). 1848: *El manifiesto de "Seneca Falls".* Retrieved from Mujeres en Red: http://www.mujeresenred.net/spip.php?article2259.

Montero, J. (2006). *Feminismo un moviemiento crítico.* DOSSIER Recuperado de: http://scielo.isciii.es/pdf/inter/v15n2/v15n2a04.pdf.

Ocaña, J. (2003). *Sufragismo y Feminismo: la lucha por los derechos de la mujer 1789-1945*. Retrieved from historiasiglo20.org: http://www.historiasiglo20.org/sufragismo/revfran.htm

Pan, M. (2018). *12 fechas clave del movimiento feminista*. Retrieved from About Español: https://www.aboutespanol.com/12-fechas-clave-del-movimiento-feminista-1271642.

Portugal, A. (2014). *Dia Internacional de la Mujer.* Retrieved from OEI: https://www.oei.es/historico/noticias/spip.php?article2163.

Parra, S. (2012). *Mujeres que han Ganado el Nobel por su dedicación a la Ciencia*. Xalaka Ciencia. Recuperado de: https://www.xatakaciencia.com/quien-es/mujeres-que-han-ganado-el-nobel-por-su-dedicacion-a-la-ciencia.

Villatoro, M. (2018). *Historia del feminismo: las primeras guerreras que lucharon contra la misoginia de Napoleón y Hitler.* Retrieved from

ABC:https://www.abc.es/historia/abci-mujer-trabajadora-historia-feminismo-primeras-guerreras-lucharon-contra-misoginia-napoleon-y-hitler-201803080601_noticia.html.

Recibido: 10 de septiembre de 2018

Aceptado: 8 de noviembre de 2018

María José Núñez: Investigadora Jurídica del Estudio Vaca Abogados

Correo electrónico: majo.nunez97@gmail.com

El Principio Kompetenz - Kompetenz del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia venezolano

The Principle Kompetenz-Kompetenz of international commercial arbitration in the case law of the Supreme Court of Justice of Venezuela

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD (Autora corresponsal)
Profesora Titular PUCE (Facultad de Jurisprudencia)

Dra. Sonia Vargas Torres, Mgtr.
Abogada e Investigadora del Instituto Jurídico Bartolomé de las Casas

Juan Fernando Puertas Barahona
Investigador jurídico

Artículo Original (Científico)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 135-157, ISSN 2588-0837

RESUMEN: desde la creación del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (TSJ) en 1999, una serie de sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa fijaron un antecedente contraproducente al desconocer el principio kompetenz - kompetenz propio del arbitraje comercial internacional. Así, por ejemplo, en las sentencias que se pronunciaron sobre los asuntos *Hyundai* de Venezuela C.A. c. *Hyundai Motor Company* del año 1999 y Consorcio *Barr* S.A c. *Four Seasons* Caracas C.A., ese Máximo Tribunal omitió dicho principio. A pesar de ello, luego el TSJ dio un viraje y en el asunto Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. c. *Oceanlink Offshore* III A/S del año 2010, dictó una sentencia con carácter vinculante, que constituyó un decisivo respaldo al principio kompetenz - kompetenz en el arbitraje comercial internacional. En las próximas páginas se presenta un análisis jurisprudencial, enfocado en diferentes sentencias dictadas por el TSJ, donde se estudia la evolución de la institución del arbitraje comercial internacional y el principio kompetenz - kompetenz en el sistema jurídico de ese país suramericano. Se pretende entonces, incentivar la disertación sobre este tema tan importante en la esfera del Derecho de los Negocios Internacionales

PALABRAS CLAVE: principio kompetenz-kompetenz, arbitraje comercial internacional, claúsula compromisoria, poder judicial, Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.

ABSTRACT: since the creation of the Venezuelan Supreme Court of Law in (SCL) 1999, a series of sentences passed by the Political-Administrative Chamber set a counterproductive precedent by not recognizing the kompetenz - kompetenz principle proper of international commercial arbitration. For instance, in the sentences that were pronounced on the subjects Hyundai of Venezuela C.A. c. Hyundai Motor Company of 1999 and Consortium *Barr* S.A c. *Four Seasons* Caracas C.A., the Supreme Court omitted that principle. In spite of the sentences, then the SCL took on a new direction and in the subject Astivenca Astilleros of Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore III A/S of 2010, passed a sentence of binding nature, which constituted a decisive support to the kompetenz - kompetenz principle in international commercial arbitration. In the next pages is presented a jurisprudence analysis focus on the different sentences passed by the SCL, where it is studied the evolution of institution of the international commercial arbitration and the kompetenz - kompetenz principle in the legal system of this south American country. It intends to encourage the dissertation of this important matter in the International Business Law sphere.

KEY WORDS: kompetenz-kompetenz principle, international commercial arbitration, arbitration clause, Venezuelan Supreme Court of Law.

INTRODUCCIÓN

Actualmente se puede hablar de una situación generalizada de crisis en los sistemas de administración de Justicia en los diversos países que integran la comunidad internacional. Tal realidad ha traído como consecuencia una constante búsqueda de nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos, frente a la vía judicial tradicional. Así pues, se ha confirmado la necesidad de impulsar el arbitraje comercial como alternativa frente a los mecanismos jurisdiccionales, en la constante búsqueda de impulsar un mayor acceso a la justicia, que permita a la vez descongestionar a las instituciones encargadas de administrar justicia (Araúz Ramos, 2014).

En los sistemas jurídicos ha surgido entonces la necesidad imperiosa que estén garantizadas las reglas que respeten, garanticen y reconozcan la autonomía que tienen las partes al celebrar un contrato, de someter las controversias que surjan del mismo, a un arbitraje comercial. Además, ese mismo sistema judicial debe ofrecer los mecanismos para avalar la ejecución del laudo arbitral nacional o internacional dentro de su territorio. La relevancia del arbitraje comercial como medio alterno de solución de conflictos ha sido corroborada a lo largo de los años por organismos internacionales, convenciones, legislaciones dentro de los órdenes jurídicos internos de diversos países.

Ahora bien, en el contexto del sistema jurídico venezolano, se puede decir que tradicionalmente ha existido cierta resistencia al arbitraje por parte de algunos de los órganos del Poder Judicial. Principalmente por estimar que los pactos arbitrales constituyen una derogatoria de la jurisdicción de los tribunales judiciales. Evidentemente, tal argumento resulta inadmisible, porque implicaría el desconocimiento de los pilares fundamentales que respaldan este mecanismo, como una institución viable y efectiva que integra el sistema de justicia de ese país (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, artículos 253 y 258).

En la primera década del Siglo XXI la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dictó una serie de sentencias que desconocieron el principio kompetenz - kompetenz, entendido como la facultad que tiene el tribunal arbitral internacional para decidir sobre su propia competencia; así como, sobre las objeciones relativas a la existencia o la validez de la cláusula compromisoria (Ley de Arbitraje Comercial, 1998). Esta tendencia jurisprudencial trajo como consecuencia la falta de reconocimiento de la validez del acuerdo arbitral, que, en ejercicio de autonomía de la voluntad, las partes incluían en sus contrataciones de carácter internacional.

A pesar de lo antes expuesto, a continuación, se concluirá como la perspectiva del Tribunal Supremo de Justicia venezolano cambió en relación al principio kompetenz - kompetenz. Por ejemplo, la Sala Constitucional en el caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore III A/S, en el año 2010 dictó una decisión con carácter vinculante, que constituyó un decisivo respaldo a este principio propio del arbitraje comercial internacional (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2010).

1. CARACTERIZACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

El arbitraje es un método de resolución de disputas alternativo a la administración de justicia. Se caracteriza por ser un procedimiento privado en el que las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, acuerdan someter determinada disputa a uno o varios árbitros a los que autorizan para resolver la controversia mediante una decisión definitiva y obligatoria para las partes. Cuando una disputa se somete a arbitraje, se excluye la posibilidad de recurrir a la administración de justicia en relación con esa misma controversia. Por eso, es imprescindible el consentimiento de ambas partes. Una vez que las partes han pactado el sometimiento a arbitraje, cada una queda vinculada por dicho compromiso (Hung Vaillant, 2001, pp. 48-49). Es de destacar que el acuerdo de arbitraje es un convenio, en la cual:

> Las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá acoger la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (Naciones Unidas, CNUDMI, 2006, Art. 7).

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se comprometen a someter la resolución de sus controversias a la decisión de árbitros, a la vez que, renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. Esto según lo prevé el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmienda de (2006) y el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (1998).

El artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana consagra como requisito formal del acuerdo de arbitraje, "la condición de constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje" (1998). Asimismo, dice la norma que "la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato". En el caso específico de los contratos de adhesión y los contratos normalizados, exige la disposición que la manifestación de voluntad de

someter el contrato a arbitraje deberá "hacerse en forma expresa e independiente" (1998). Ahora bien, sobre la condición comercial del arbitraje expondremos los planteamientos de la segunda nota al pie de página de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en donde se señala que:

> Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera (2006).

Así mismo, como criterios para determinar la internacionalidad del arbitraje, se tomarán en cuenta los siguientes:

> a) El domicilio, la nacionalidad, la residencia o el asiento principal de las partes;
>
> b) El domicilio, la nacionalidad o la residencia de o los árbitros,
>
> c) El lugar de celebración del contrato objeto de la controversia;
>
> d) El lugar de ejecución de dicho contrato;
>
> e) La nacionalidad o el asiento principal de la institución arbitral;
>
> f) El lugar donde el laudo arbitral será ejecutado;
>
> g) El lugar del arbitraje,
>
> h) El derecho escogido por las partes para regular el acuerdo arbitral, el fondo de la controversia y/o el procedimiento arbitral (Sánquiz Palencia, 2005, pp. 23-24).

El estudio jurisprudencial que se presentará a continuación se circunscribirá al ámbito del arbitraje comercial de carácter internacional, por ser esta la línea de investigación seguida por las autoras. Se descartaron entonces aquellas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) venezolano, que si bien se relacionaban con el arbitraje comercial y el principio kompetenz - kompetenz, su desarrollo era netamente doméstico.

En otro orden de ideas, destacaremos la existencia de dos categorías dentro del arbitraje comercial, el institucional y el independiente o *ad hoc*. Clasificación contenida en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Al momento de incluir una cláusula de arbitraje en un contrato, las partes deben decidir si desean que dicho arbitraje sea de tipo institucional o si prefieren recurrir a un arbitraje independiente.

El arbitraje institucional, también denominado por la doctrina como arbitraje administrado, se realiza de acuerdo a los reglamentos de los Centros de Arbitraje. Las normativas de dichas instituciones deben regular todo lo concerniente a la constitución del tribunal, las notificaciones, la recusación y reemplazo de árbitros y toda la tramitación del proceso. Asimismo, deben incluir el procedimiento para la elaboración de la lista de árbitros y las tarifas de sus honorarios; así como, la de gastos administrativos del proceso (Betancourt, 2010).

En Venezuela los Centros de Arbitrajes donde se puede desarrollar esta forma de resolución de controversias en su categoría institucional, son: a) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas; b) Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA); y el c) Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo. En el ámbito del arbitraje comercial internacional destacan, por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el Centro de Arbitraje Comercial y de Mediación para las Américas (CAMCA) o el Centro de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

El arbitraje independiente o *ad hoc* es el regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje. Las partes determinan las normas de procedimiento arbitral, los efectos, el nombramiento de los árbitros y cualquier otra cuestión concerniente al arbitraje, respetando la legislación vigente sobre la materia (Araque Benzo, 2011, pp. 56-57).

Además, cabe resaltar la figura del árbitro, quien es la persona natural elegida por las partes para sustanciar y solucionar la controversia sometida a su decisión. En pocas palabras, viene a ser el juez del proceso, cuya misión comienza con la aceptación y avocamiento al conocimiento de la causa y termina con el laudo arbitral (Valeri Albornoz, 2011, pp. 672-673).

Existen dos clases de árbitros, según lo consagra el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, estos son los árbitros de derecho y los árbitros de equidad. "Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad" (1998). De darse el caso en el que las partes no hubieren hecho mención sobre el carácter de los árbitros, entonces, se entenderá que estos actuarán como árbitros de derecho. Finalmente añade esta disposición, que "los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles" (1998).

Cabe considerar igualmente, que:

> Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevivientes a la designación. Los nombrados por el Juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se notifique la instalación del Tribunal Arbitral, de conformidad con el procedimiento señalado en la ley (Ley de Arbitraje Comercial, 1998, Art. 35).

Del artículo 35 al 40 de la Ley de Arbitraje Comercial se encuentra la regulación del procedimiento de recusación de los árbitros.

El laudo es la decisión de los árbitros, ostentando igual valor de cosa juzgada que el de una sentencia y acarreando la posibilidad de ejecución forzosa. El laudo se distingue porque no puede ser recurrido como una sentencia; es decir, no existe una segunda instancia arbitral. Cuando el laudo es dictado solo cabe interponer ante los tribunales ordinarios una demanda de anulación, que solo puede basarse en motivos formales y tasados (por ejemplo, que los árbitros hayan decidido sobre cuestiones que las partes no sometieron a su conocimiento) y, que generalmente, no permite una revisión de fondo de la decisión adoptada por los árbitros (Gonçalves Pereira, 2001).

Consideramos pertinente resaltar como el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana (1998), enumera las controversias cuyo conocimiento y solución están excluidas del arbitraje:

a) Las que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;

b) Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;

c) Todas aquellas que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;

d) Las relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial y;

e) Finalmente, quedan excluidas las controversias sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

2. EL PRINCIPIO KOMPETENZ – KOMPETENZ

Una de las principales condiciones para la eficacia del arbitraje comercial internacional, está en la posibilidad de invocar la existencia de una cláusula arbitral cuando una de las partes intenta desconocer la existencia de la misma. Es aquí donde adquiere la importancia el principio kompetenz - kompetenz, entendido como “la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, al igual que, sobre las excepciones referentes a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje” (Fernández Rozas, Arenas García, & Miguel Asensio, 2007, p. 649).

Es de considerar igualmente, que el principio en estudio se relaciona con el principio de autonomía del convenio arbitral (*severability*). Con fundamento en este último, el acuerdo de arbitraje debe entenderse separado del contrato del que pueda formar parte, de forma tal que la nulidad de dicho contrato no podrá afectar la validez de la cláusula arbitral. Se asevera así que, la coexistencia de los principios

kompetenz - kompetenz y autonomía del acuerdo arbitral son una garantía de la operatividad y subsistencia de la institución del arbitraje comercial (Ramírez, 2010).

El principio Kompetenz-Kompetenz nace producto de una sentencia emitida por el Tribunal Superior de la República Federal de Alemania en el año 1955. En dicho fallo se estipuló que debía concedérseles a los árbitros la potestad de establecer el alcance del acuerdo arbitral que se somete a su conocimiento, como también, de su competencia y autoridad hacia el mismo. Este principio le da autoridad a los propios árbitros de decidir sobre su propia competencia cuando alguna parte invoca: la nulidad, la inexistencia o la ineficacia del pacto arbitral o bien cuando se alegue que una determinada materia no es susceptible de resolverse por medio de arbitraje (Sierra Ballmann, 2005). Encontramos aquí la relevancia del principio kompetenz - kompetenz, ya que este contribuye a que exista un control de los árbitros sobre su propio ámbito de acción, al ser ellos los primeros en resolver sobre su competencia.

De este principio se deriva que, si el tribunal arbitral es competente para pronunciarse sobre el acuerdo arbitral y resolver la controversia, la jurisdicción ordinaria, será entonces incompetente (Pereznieto Casto & Graham, 2007).

Son la escuela alemana y la escuela francesa las que han estudiado con profundidad el principio kompetenz - kompetenz. Para la primera, este principio lleva consigo que el árbitro debe ser el único con capacidad para decidir sobre su competencia. La escuela francesa por su parte, matiza el alcance de este principio al determinar que el árbitro debe ser el primero en decidir sobre su competencia; luego, esta decisión queda sujeta a la determinación final que realice el juez ordinario, sin precisar en qué momento debe establecer su decisión (Martínez Cárdenas, 2007, pp. 57-ss).

En la actualidad la tendencia de la escuela alemana es la acogida en tratados internacionales y en las legislaciones nacionales. Es así como el artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmienda de (2006), determina que el tribunal arbitral tiene la facultad “para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”.

El Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, de 10 de junio de (1958), incorporada al sistema jurídico venezolano mediante Ley Aprobatoria de 1984, en su artículo II numeral .3 prevé que:

> "El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

El artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana establece que el tribunal arbitral tiene la potestad para decidir sobre su propia competencia; inclusive, sobre las excepciones relativas a "la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje". Además, determina que el acuerdo de arbitraje es independiente al contrato del cual forma parte, señalando que la decisión del tribunal arbitral acerca de la nulidad del contrato no conlleva la nulidad también del acuerdo arbitral (1998).

Luego, el principio kompetenz - kompetenz queda reiterado en el artículo 25 de la Ley antes señalada, añadiendo que:

> "La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite. (...), las partes no estarán impedidas para oponer la excepción porque se haya designado a un árbitro o participado en su designación. (...) por lo que, el tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, conocer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral presentada fuera del lapso si considera justificada la demora" (Ley de Arbitraje Comercial, 1998).

3. SENTENCIAS DEL TSJ VENEZOLANO Y EL PRINCIPIO KOMPETENZ - KOMPETENZ EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Analizaremos a continuación las sentencias más relevantes que ha dictado el TSJ venezolano, relacionadas con el principio kompetenz – kompetenz en el arbitraje comercial internacional, desde el año 1999 cuando se creó este renovado Tribunal con autonomía financiera y funcional, dividido en siete Salas: Plena, de Casación Civil, de Casación Penal, de Casación Social, Constitucional, Electoral y Político Administrativa.

3.1. Línea jurisprudencial del TSJ venezolano que negó u omitió el principio kompetenz – kompetenz en el arbitraje comercial internacional

Es evidente una primera línea de fallos dictados por la Sala Político -Administrativa (SPA) del TSJ, que demarcan una tendencia a la negación u omisión del principio kompetenz - kompetenz en el arbitraje comercial internacional.

3.1.1. Asunto Hyundai de Venezuela C.A.C. *Hyundai Motor Company*

En el fallo Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 21 de octubre de 1999, magistrada ponente Hildegard Rondón de Sansó, Expediente 15300, se decidió sobre una demanda que interpuso *Hyundai* de Venezuela, C.A., domiciliada en Venezuela, ante el TSJ venezolano en el año 1997 contra *Hyundai Motor Company*, constituida bajo las leyes de la República de Corea del Sur y cuya sede principal se ubicaba en Seúl.

Ambas empresas habían celebrado un contrato en virtud del cual *Hyundai* de Venezuela, C.A., había sido nombrada distribuidor exclusivo para Venezuela de todos los productos de *Hyundai Motor Company*, detallando en el mismo los derechos y obligaciones de ambas partes. No obstante, *Hyundai* de Venezuela alegó en su demanda que luego de una cuantiosa inversión y de haber realizado el lanzamiento de esa nueva marca de vehículos en el país sudamericano, *Hyundai Motor Company* suspendió arbitrariamente la relación comercial para otorgar similar contrato a una firma automotriz con la que estaba vinculada por antiguas relaciones comerciales y económicas.

La demandante, entre otros puntos, alegó que la demandada pretendía desconocer su obligación de indemnización y que había incurrido en el ilícito mercantil de abuso de derecho. Además, invocó la competencia de los tribunales venezolanos para conocer del caso, ya que el fundamento de la demanda derivaba de un contrato ejecutado en el territorio venezolano.

Hyundai Motor Company en el plazo procesal pertinente interpuso cuestiones previas. Opuso la falta de jurisdicción del juez ordinario venezolano, contemplada en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil venezolano, CPC, (1990), alegando que las partes había acordado que las diferencias que pudiesen surgir entre

ellas con motivo del convenio de distribución serían sometidas a arbitraje. Añadiendo que, en dicho contrato, específicamente en la sección veinticuatro (24), se había establecido con toda claridad que el arbitraje se llevaría a cabo en Seúl, Corea.

La SPA del TSJ venezolano determinó que el contrato celebrado había perdido vigencia y por ello era posible que entre las partes se originaran relaciones no vinculadas al contrato original. En tal sentido, las relaciones suscitadas entre las partes posteriormente a la pérdida de vigencia del contrato, no guardaban relación con el mismo; es decir, habían nacido entre las partes deberes y obligaciones que no fueron producidos por el contrato y, por tanto, no podía este serles aplicable.

Estimó la Sala, que la cláusula 24.2 donde se establecía que cualquier disputa o reclamo surgido de o en relación con el convenio de distribución o cualquier violación del mismo, sería saldado definitivamente mediante arbitraje, no era extensible a todas las reclamaciones que sustentaban la demandada, sino solamente a aquellas que eran consecuencia de actuaciones suscitadas dentro del marco temporal del contrato. Por lo cual una vez concluido el mismo, no era posible aplicar la cláusula in comento a relaciones posteriores.

Por otra parte, para la SPA, en el caso se alegaba el incumplimiento de deberes genéricamente protegidos por el legislador venezolano, como lo eran la buena fe en la contratación y la represión del abuso de derecho, lo cual según había expresado la parte demandante, habían sido vulnerados en un ámbito extracontractual (fuera de la aplicación del convenio de distribución), lo cual evidenciaba que no estaba en disputa el cumplimiento del contrato celebrado.

Fue dentro de la anterior óptica que la SPA, dictaminó la imposibilidad de aplicar la cláusula 24.2 del contrato, por lo cual determinó la jurisdicción de los tribunales venezolanos con fundamento en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado (Ley Especial, 1998).

En definitiva, dicha Sala del TSJ venezolano desconoció el principio de autonomía del convenio arbitral (severability) en relación con el contrato y, asimismo, omitió el principio kompetenz - kompetenz estipulado en el artículo 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Es decir, excluyó la potestad que tenían los árbitros para conocer sobre su propia competencia y sobre la validez del acuerdo arbitral.

3.1.2. Asunto Consorcio *Barr* S.A C. *Four Seasons* Caracas C.A.

En esta sentencia, (2003) la SPA reiteró su criterio según el cual, para la validez de la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral en un contrato, debía existir una manifestación de voluntad inequívoca y expresa de las partes, de sustraer el conocimiento de la causa de los tribunales ordinarios. Esto es porque, a criterio de la Sala, el arbitraje era una excepción a la competencia constitucional que tenían los tribunales ordinarios venezolanos de resolver por imperio de la ley, todas las demandas que les eran sometidas por los ciudadanos para su conocimiento, en uso del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (Araúz Ramos, 2014).

La cláusula 19.03 del contrato celebrado entre el Consorcio *Barr* S.A c. *Four Seasons* Caracas C.A., disponía que toda disputa sería resuelta por arbitraje celebrado en la Ciudad de Miami, Florida, Estados Unidos de América o en la Ciudad de Caracas, República de Venezuela, según fuese el caso, y sería conducido en el idioma inglés. Además, preveía que salvo por los procedimientos específicamente indicados en la misma sección 19.03, sería conducido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje Mercantil de la Asociación Americana de Arbitraje.

Ahora bien, la SPA consideró que de la cláusula 19.03 del contrato antes citada, se desprendía que ciertos asuntos podrían sustraerse o no del conocimiento del poder judicial, lo cual acreditaba una situación de inseguridad jurídica para las partes. La Sala consideró que la cláusula invocada por la representación de la parte demandada, a los fines de la derogación de la jurisdicción que correspondía a los tribunales venezolanos para conocer el asunto, carecía de la eficacia jurídica necesaria a tales fines. Fue así que volvió a descocer el acuerdo de arbitraje comercial celebrado entre las partes con las consecuencias jurídicas implícitas que ello significó.

3.1.3. Asunto Consultores Occidentales S.A (COSA) y Constructores Venezolanos, C.A. (CONVECA) c. Hanover P.G.N Compressor, C.A.

Este caso estaba fundamentado en la demanda por incumplimiento de contrato interpuesta por COSA y CONVECA contra Hanover P.G.N Compressor, C.A.

Luego la demandada opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 1º del artículo 346 del CPC, referida a la falta de jurisdicción del Tribunal de la causa, por cuanto alegaba la existencia de una cláusula compromisoria que atribuía el conocimiento del asunto a un órgano arbitral. La demanda tenía por objeto el cumplimiento de un contrato de obra suscrito entre las partes, el cual en su Cláusula Décima Novena disponía:

> Cualquier disputa o controversia que surja en relación con el presente contrato será sometida a la decisión de tres (3) árbitros de derecho, de conformidad con las normas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, cuya decisión será definitiva e inapelable. Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se produzca la disputa o controversia, cada una de las Partes designará un árbitro y dentro de los quince (15) días siguientes a dicha designación, los dos (2) árbitros así elegidos, nombrarán al tercer árbitro. Cada parte correrá con los honorarios y gastos del árbitro que ha nombrado y el 50% de los honorarios y gastos del tercer árbitro. El arbitraje se realizará en Caracas, Venezuela y la decisión de los tres miembros del tribunal arbitral. Si las normas de arbitraje comercial de la Cámara Internacional de Comercio estuvieren en conflicto con los términos de este contrato, prevalecerán las disposiciones del mismo (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, 2003).

Aunque el acuerdo arbitral pactado por las partes contratantes preveía que tanto el arbitraje como la decisión de los árbitros se llevarían a cabo en la ciudad de Caracas, su internacionalidad claramente venía dada al estipularse que las controversias que surgiesen en relación con el contrato en cuestión, serían sometidas a la decisión de tres (3) árbitros de derecho, de conformidad con las normas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. La SPA, sin embargo, declaró sin lugar la cuestión previa opuesta por la demandada, al considerar que los únicos casos en los cuales el Juez puede declarar su falta de jurisdicción son los previstos en el artículo 59 del CPC, esto era, frente a la Administración y frente al Juez extranjero, criterio que ha sido abandonado por la actual tendencia jurisprudencial.[51]

---

51 Es oportuno explicar que dentro del sistema jurídico de Venezuela se debate sobre si para exigir la validez del acuerdo de arbitraje debe incoarse una excepción por falta de jurisdicción (artículo 59 del CPC) o la primera cuestión previa enumerada en el artículo 346 del CPC y sí, en consecuencia, operaría la regulación de jurisdicción fijada en el artículo 62 y siguientes *ejusdem*. Sin embargo, como lo corrobora la tendencia que estudiaremos más adelante, por ejemplo en el asunto Astivenca

Dicha Sala estimó que, ante la solicitud por parte de la demandada de declarar la falta de jurisdicción del tribunal ordinario, en virtud de la existencia de una cláusula compromisoria, resultaba necesaria la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 609 y siguientes del CPC, a los fines de determinar la validez de la referida cláusula.

Entonces concluyó la SPA, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 608, 609 y 628 del CPC y el primer aparte del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, el Juez de la causa tendría jurisdicción y competencia para determinar la validez o no del acuerdo arbitral, si se oponía ante él la prevalencia de dicha cláusula como medio para resolver la controversia, cumpliendo y verificando la manifestación de voluntad expresa de las partes involucradas.

En nuestra opinión resulta evidente, que la interpretación de la SPA antes expuesta negó la esencia misma del principio kompetenz - kompetenz del arbitraje comercial, en este caso internacional.

3.1.4. Asunto Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela c. Autopista Concesionada de Venezuela AUCOVEN C.A.

En la decisión Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia del 18 de noviembre de 2003, magistrado ponente Levis Ignacio Zerpa, Expediente 2001-0943, la República Bolivariana de Venezuela intentó una acción mero declarativa contra la sociedad mercantil Autopista Concesionada de Venezuela, C.A., con el objetivo que se declarase la resolución de un contrato de concesión, suscrito entre las partes en el año 1996, para el proyecto de construcción, explotación, conservación y mantenimiento del Sistema Vial Autopista Caracas-La Guaira y carretera vieja Caracas-La Guaira y de sus servicios conexos.

La demandada en la oportunidad para la contestación de la demanda, opuso la cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del CPC, relativa a la falta de jurisdicción del Juez. Alegando que había suscrito

Astilleros de Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore III A/S, el TSJ venezolano actualmente se inclina por admitir la excepción del arbitraje como una cuestión previa por falta de jurisdicción del juez, prevista en el ordinal primero de artículo 346 del CPC y aceptar la regulación desarrollada en el artículo 62 y siguientes del CPC (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2010).

un contrato de concesión con la República Bolivariana de Venezuela y que según la cláusula 64 del mismo, las partes habían acordado que someterían las controversias que surgieren a arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI y las correspondientes Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Resulta evidente entonces, que este asunto giraba en torno a un acuerdo de arbitraje de inversión[52]. La SPA en esta sentencia determinó que la cláusula número 64 del contrato de concesión, que contenía un acuerdo arbitral de inversión invocado por la demandada con la intención de sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos la controversia, carecía de eficacia.

Así pues, la Sala aplicó lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Ley N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, el cual dispone que: "El concesionario estará sometido al ordenamiento jurídico venezolano y a la jurisdicción de los Tribunales de la República" (Decreto Ley 138, 1994), y, por tanto, declaró que el Poder Judicial sí tenía jurisdicción para conocer de la referida acción mero declarativa interpuesta por el mismo Estado venezolano. Resulta incuestionable que existió un panorama poco alentador dentro del sistema jurídico venezolano en relación a la institución del arbitraje comercial internacional. Específicamente, porque la Sala Político Administrativa del TSJ desde su conformación en 1999, en cuatro de sus sentencias negó la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia y sobre la validez del acuerdo arbitral.

3.2. Línea Jurisprudencial del TSJ venezolano que reconoció el principio kompetenz - kompetenz en el arbitraje comercial internacional

Existe otra corriente jurisprudencial del TSJ venezolano que sí ha favorecido el principio kompetenz - kompetenz en el arbitraje comercial internacional y es la que se ha consolidado en la actualidad. Esta tendencia proviene de la SPA y la Sala Constitucional (SC) de ese Máximo Tribunal.

52 El arbitraje de inversión se verifica cuando una de las partes es el gobierno de un país que ha suscrito y ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado bajo el seno del Banco Mundial en Washington en 1965 (Araque Benzo, 2011, pp. 22-24). Es de mencionar que la República Bolivariana de Venezuela ratificó este Convenio el 3 de abril de 1995 y lo denunció el 24 de enero de 2012.

3.2.1. Asunto Astivenca Astillero de Venezuela, C.A c. Oceanlink Offshore III As. (SPA)

En este caso la sociedad mercantil Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., incoó demanda por incumplimiento de contrato e indemnización por daños y perjuicios, contra la sociedad mercantil *Oceanlink Offshore* III A/S en el año 2008. Además, solicitó medida de prohibición de zarpe y el embargo preventivo de la embarcación M/N Nobleman. El Tribunal de Primera Instancia Marítimo con competencia nacional y con sede en la ciudad de Caracas admitió la demanda, decretando la medida de prohibición de zarpe, pero negando la medida de embargo preventivo.

Dentro del lapso fijado para la contestación de la demanda, *Oceanlink* y del capitán de la embarcación M/N *Nobleman* compareció, alegando que la citación practicada estaba viciada, además presentó escrito de oposición a la medida cautelar. El Tribunal de Primera Instancia Marítimo con competencia nacional repuso la causa al estado en que transcurriera el término de la comparecencia de la parte demandada, más un término de distancia de cuatro días. Luego, la demandada opuso cuestiones previas, destacando la de falta de jurisdicción del juez ordinario, previsto en el ordinal 1° del artículo 346 del CPC. Este alegato se fundamentaba en la existencia de una cláusula arbitral en el Memorando de Entendimiento suscrito entre las partes. El Tribunal de Primera Instancia Marítimo con sede en la ciudad de Caracas, en su Sentencia de 2009 declaró con lugar la cuestión previa opuesta por la parte demandada; por tanto, declaró que el Poder Judicial no tenía jurisdicción para conocer el caso. No obstante, el fallo omitió la medida cautelar decretada, por lo cual la parte demandada solicitó una ampliación de la sentencia, la cual fue dictada posteriormente.

El 20 de febrero de 2009 la demandante interpuso recurso de regulación de jurisdicción contra la decisión del Tribunal de Primera Instancia Marítimo, el cual acordó remitir todas las actuaciones a la SPA del TSJ. El basamento del recurso de regulación de jurisdicción interpuesto era que *Oceanlink* se había sometido tácitamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, en virtud que su primera actuación fue la de oponerse a la medida cautelar decretada en su contra y oponer la defensa de falta de legitimidad del citado. También alegó la demandante, que en aplicación del artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo (2006), los tribunales venezolanos tenían jurisdicción exclusiva para decidir sobre la controversia, porque el buque objeto de la acción se encontraba en aguas venezolanas. La SPA del TSJ dictó su

sentencia el 21 de mayo (2009), determinando que ciertamente el caso presentaba elementos de extranjería relevantes, como el domicilio de la parte demandada (ciudad de Oslo -Noruega) y el objeto del contrato de compra-venta contenido en el Memorando de Entendimiento suscrito entre las partes, como lo era el buque *Nobleman*, el cual se encontraba registrado en Douglas, capital de la Isla de *Man*. Por ello, la SPA aseveró que podrían resultar aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 39 y siguientes de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, las cuales regulaban los supuestos en los que los tribunales venezolanos tenían jurisdicción. No obstante, para la SPA también debía considerarse que la parte demandada invocó la cláusula 16 del contrato, que contenía una cláusula de arbitraje. Esta determinaba que el acuerdo sería regido e interpretado según la ley inglesa y cualquier disputa originada por el mismo, sería referida a un arbitraje en Londres. Por esta última razón, la SPA determinó en su sentencia que el Poder Judicial venezolano no tenía jurisdicción para conocer del caso.

Fue así que la SPA confirmó la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia Marítimo, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por la demandada. Además, ratificó el fallo que dejaba sin efecto la medida cautelar de prohibición de zarpe del buque M/N *Nobleman*. La SPA en su decisión expresó que las exposiciones de la parte demandada en su primera actuación, si bien no consistieron en oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, tampoco estaban destinadas a ejercer defensas de fondo; de allí que, dictaminó que no había evidencia en los autos que la parte demandada haya querido renunciar, ni tácita ni expresamente, al arbitraje (Figuera Vargas, 2013).

3.2.2. Asunto Astivenca Astillero de Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore III As. (SC)

Frente a la sentencia anteriormente expuesta, la parte demandante interpuso recurso de revisión ante SC del TSJ, por considerar que la decisión de la SPA había vulnerado el principio de confianza legítima, el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica. Estimó el peticionario, que el criterio pacífico y reiterado de la SPA referido a la sumisión tácita a la jurisdicción[53] no había sido aplicado en este caso. En opinión de la demandante la SPA modificó su criterio, donde afirmaba que

53 Criterio adoptado por ejemplo en: la sentencia del expediente No. 02-0365 (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, 2002).

cualquier actuación distinta a la oposición de la falta de jurisdicción como acto inicial del proceso por parte del demandado, constituía una renuncia tácita de la cláusula arbitral.

Fue así que entró a conocer de la controversia la SC del TSJ venezolano y en el caso No. 09-0573, (2010), determinó que el principio kompetenz - kompetenz permitía al tribunal arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.

Para la Sala, resultaba evidente dos perspectivas de este principio, una positiva, referida a la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje (Ley de Arbitraje Comercial,1998, Art. 7 y 25) y una negativa, conforme a la cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales (Artículo II.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Ahora bien, para Sala Constitucional la cuestión no radicaba en determinar la existencia o no del principio kompetenz - kompetenz en el ordenamiento jurídico venezolano, sino su aplicación en aquellos casos en los cuales una de las partes que acordó someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que pudiesen surgir o pudiesen generarse entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, luego decide acudir e iniciar un proceso ante los órganos del Poder Judicial (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2010).

> La SC decidió que sobre la base del principio kompetenz - kompetenz, en las relaciones "(...) de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, dichos órganos solo podían realizar un examen o verificación prima facie, formal, de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral. Esta debía limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluía cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que deriven de la cláusula" (Araúz Ramos, 2014, p. 315).

Este criterio de la SC tiene carácter vinculante conforme a las consideraciones expuesta esta decisión, por lo que, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, en el sistema jurídico venezolano no son aplicables los criterios jurisprudenciales sostenidos en esta materia por la SPA del TSJ hasta esa fecha.

4. CONCLUSIONES

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, sus artículos 253 y 258, incluyeron en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, exhortándose su promoción a través de la ley.

Al ampliar la Constitución de Venezuela el sistema de justicia, incluyendo al arbitraje como parte de la función judicial, se modificó el modelo de sistema de justicia, que buscaba lograr una descongestión de la justicia ordinaria y, que el arbitraje ya fuera percibido como una institución que no llega a brindar una tutela jurisdiccional eficaz (Araúz Ramos, 2014).

Pero a pesar de las afirmaciones antes expuestas, en este estudio se concluyó que en la primera década del siglo XXI en las sentencias del TSJ se verificó una tendencia negativa a la aplicación del principio kompetenz – kompetenz en el arbitraje comercial internacional. No obstante, esa línea jurisprudencial negativa en las últimas sentencias del TSJ se ha desvanecido; es así como, la SPA y la SC de este Máximo Tribunal han respaldado la correcta interpretación y aplicación del principio kompetenz - kompetenz en el sistema jurídico venezolano.

Una evidente corriente positiva a favor de este principio se consagró en la decisión Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia del 3 de noviembre de 2010, magistrada ponente Luisa Estella Morales Lamuño, Expediente 09-0573, donde se dictaminó que con fundamento al principio kompetenz - kompetenz; así como, en las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, dichos órganos sólo podían realizar un examen o verificación prima facie, formal, de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araque, L. (2011). *Manual de arbitraje comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Araúz, J. (2014). Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño. *Tesis Doctoral*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. Obtenido de http://eprints.ucm.es/24527/1/T35113.pdf.

Betancourt, M. (2010). Aportes del CEDCA al arbitraje institucional en Venezuela. *Revista de la FCJP de la Universidad Monteávila, Derecho y Sociedad, Negociación, Mediación y Arbitraje*.

Congreso de la República de Venezuela (1994). *Decreto Ley 138*.

Congreso de la República de Venezuela (1990). *Código de Procedimiento Civil*.

Congreso de la República de Venezuela (1998). *Ley de Arbitraje Comercial*.

Congreso de la República de Venezuela. (2006) *Ley Especial*.

Congreso de la Rpública de Venezuela (1984). *Ley Aprobatoria*.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Fernández, J., Arenas, R., y Miguel, P. (2007). *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Iustel.

Figuera, S. (2013). El arbitraje comercial internacional y la falta de jurisdicción de los órganos del Poder Judicial: Sentencia nº 1.067/2010 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. Arbitraje. *Revista arbitraje comercial y de inversiones*.

Gonçalves, C. (2001). *El arbitraje: ¿Qué es y Cuáles son sus ventajas e inconvenientes?* Obtenido de www.icex.es: http://www.icex.es/icex/wcm/idc/groups/public/documents/documento_anexo/mde0mjkx/~edisp/dax2014291090.pdf.

Hung, F. (2001). *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Martínez, I. (2007). *Kompetenz-Kompetenz: ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un convenio arbitral?* Lima: Biblioteca Estudios de Arbitraje.

Naciones Unidas CNUDMI (2006). *Ley Modelo.*

Naciones Unidas UNCITRAL (1958). *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.* Nueva York.

Pereznieto, L., y Graham, J. (2007). *El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana.* Obtenido de limaarbitration.net: http://limaarbitration.net/LAR2/leonel_pereznieto_castro_james_a_ graham.pdf

Ramírez, J. (2010). Tres Aspectos Positivos de la Nueva Jurisprudencia Constitucional en Materia de Arbitraje. *Revista de la FCJP de la Universidad de Monteávila, Derecho y Sociedad, Negociación, Mediación y Arbitraje.*

Sánquiz, S. (2005). *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano.* Caracas: Fundación Roberto Goldschmidt, Universidad Católica Andrés Bello.

Sierra, D. (2005). *El principio Kompetenz - Kompetenz en el Arbitraje.* Obtenido de Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho: http://www.tesis.ufm. edu.gt/ derecho/2005/ 76493/tesis.html

Tribunal Supremo de Justicia, (2010) Sala Constitucional, Expediente No. 09-0573, magistrada ponente Luisa Estella Morales Lamuño..

Tribunal Supremo de Justicia, (1999) Sala Político Administrativa, Expediente No.15300, magistrada ponente Hildegard Rondón de Sansó.

Tribunal Supremo de Justicia, (2002) Sala Político Administrativa, 02-0365, magistrado ponente Hadel Mostafá Paolini..

Tribunal Supremo de Justicia, (2003) Sala Político Administrativa, 2003-0044, magistrado ponente Levis Ignacio Zerpa..

Tribunal Supremo de Justicia, (2003) Sala Político Aministrativa, 2000-1244, magistrado ponente Hadel Mostafá Paolini..

Tribunal Supremo de Justicia, (2009) Sala Político Aministrativa, 2009-0188, magistrado ponente Levis Ignacio Zerpa.

Valeri Albornoz, P. (2011). *Curso de Derecho Mercantil.* Caracas: Ediciones Liber.

Recibido: 29 de junio de 2018

Aceptado: 7 de noviembre de 2018

Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas, PhD: Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca; máster en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela; máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Abogada, Universidad Bicentenaria de Aragua, Venezuela; Licenciada en Derecho en España. Profesora a tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Correo electrónico: sfiguera425@puce.edu.ec

Dra. Sonia Vargas Torres: Abogada de la Universidad José Antonio Páez, Venezuela. Investigadora del Instituto Jurídico Bartolomé de las Casas, Venezuela.

Correo electrónico: sonia_vargas53@hotmail.com

Juan Fernando Puertas Barahona: Estudiante en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador facultad de Jurisprudencia.

Correo electrónico: jpuertas626@puce.edu.ec

El Sistema Internacional de Derechos Humanos y los *Subject of Lawfare*

The International Human Rights System and the Subject of Lawfare

Dra. Ivonne Téllez Patarroyo, Mgtr. **(Autora Corresponsal)**
Profesora titular PUCE

Dr. Sebastián Yerovi Proaño, Mgtr.
Investigador FLACSO

Artículo Original (Científico)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 159-192, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la legalización de los asuntos globales ha sido considerada positiva en contraste con las condiciones que antecedieron a la segunda Guerra Mundial. No más el interés particular puede imponerse frente al interés común, no más la coerción y la represión, no más las políticas del poder dominando el *decision making*. Se esperaría que el reconocimiento de un sistema legal de los Derechos Humanos sirviera como garantía del cumplimiento de los derechos en el interior de los Estados. Sin embargo, el objetivo principal de este sistema legal en su generalidad, que es mejorar bienestar de la población, no ha sido alcanzado en su totalidad, ni ha llegado a todos los países y todas las personas como se lo plantea. Este artículo examina dos factores que podrían confirmar esta aseveración. El primero, la posible ambigüedad del sistema a través de la debilidad de los instrumentos y sus instituciones. El segundo, el concepto de legitimidad asociado al *lawfare*, que permitiría el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como estrategia de poder.

En este orden de ideas, este artículo se organiza de la siguiente manera: Primero, realizamos una división por categorías que inicia en una revisión general del sistema internacional de DDHH, las relaciones de actores transnacionales, y presentamos algunos ejemplos de los principales instrumentos y de sus instituciones asociadas. La segunda categoría, discute el concepto de legitimidad asociado al concepto de lawfare, a la luz del Derecho Internacional y de las principales teorías de Coo-

peración Internacional. Sobre estas nociones teóricas, realizamos un análisis del caso de la tortura en Estados Unidos a partir del año 2000. Finalmente, presentamos unas conclusiones y recomendaciones sobre la estructura del sistema y su aplicación en el contexto internacional.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, cooperación internacional, tortura, poder político, normativa.

ABSTRACT: the legalization of global affairs has been considered positive, in contrast to the conditions preceding the Second World War. No longer could individual interests be imposed against the common interest, no longer was there coercion and repression, no longer was *decision making* dominated by power politics. It would be expected that the recognition of a Human Rights legal system would serve as a guarantee for the fulfillment of the rights within States. The main objective of this legal system in its generality, which is to improve the well-being of the population, has not been reached in its entirety, nor has it reached all countries and all people as it is posed. Hence, this article examines two factors that could confirm this assertion. The first is the system's possible ambiguity through the weakness of the instruments and their institutions. The second is the concept of legitimacy associated with *lawfare*, which would allow the use of International Human Rights Law as a power strategy.

In this order of ideas, this article is organized as follows: first, we carry out a categorical division that begins with a general review of the international human rights system and the relationships of transnational actors, and we then present various examples of the primary instruments and their associated institutions. The second category discusses the concept of legitimacy associated with the idea of lawfare, in light of International Law and the main theories of International Cooperation. Based on these theoretical ideas, we conducted an analysis of the cases of torture in the United States since the year 2000. Finally, we present various conclusions and recommendations regarding the system's structure and application in the international context.

KEY WORDS: Human Rights, international cooperation, torture, political power, norm.

INTRODUCTION

The idea that Human Rights are not limited by borders, and that the international community is obliged to protect and guarantee them, is increasingly accepted. The end of the Cold War reaffirmed the struggle begun in 1945, and today neither states nor individuals who violate human rights are exempted from prosecution. This does not mean that the world is free from acts of barbarism and that we do not continue to witness systematic violations; nor, even, that we are receiving optimal responses from the rights protection system through existing institutions. However, the very existence of a system that seeks to impose restrictions on the absolute freedom of governments to systematically violate human rights represents a substantial step towards their strengthening.

The Universal Declaration of Human Rights is the cornerstone of the International Law of Human Rights (IL-HR). Adopted in 1948, it is the document that inspires an entire set of treaties which has gradually come to specialize in specific issues, and it continues to be the main reference point in regards to the recognition of basic freedoms and human dignity. The commitment acquired by the States with this declaration was transferred to the field of law, materializing in the system of norms and principles contained in treaties, related instruments and international custom, as well as in domestic law. All this legal material reveals a growing tendency towards the strengthening of systems for human rights protection throughout the world. The Declaration, which is an exposition of principles rather than a binding legal instrument, has a social value that goes beyond the purely legalistic. Its principles have been inserted into the ideas of international political actors, influencing their actions and decisions (Risse and Sikkink, 2007). Following its appearance, the development and construction of universal human rights norms continued, accompanied by the creation of more national and international institutions (Forsythe, 2006; OACDH, s/f).

In countries such as Yugoslavia and Rwanda, where international criminal tribunals were created with the authorization of the UN Security Council, close interaction was seen between national and international actors in search of justice in the face of serious human rights violations. These events brought international standards to cases of war crimes, crimes against humanity and acts of genocide. Along

the same lines, under the principles of human rights, the International Criminal Court was created (Forsythe, 2006; Hinton, 2011).

Undoubtedly, these facts envisage a growing commitment by states to take measures against those responsible for massive violations of the rights enshrined in international human rights treaties. The reason for this has been the situations of repression and abuses committed in a number of countries, where victims found neither responses nor resources to obtain justice and truth within their countries.

IL-HR is delimited through the set of obligations that the States commit to complying with. The obligations acquired by States are divided into three categories: to respect, protect and promote human rights. Respect implies that States must refrain from restricting rights or interfering in their practice. Protection requires States to protect individuals from violations of their rights, and promotion implies that States adopt positive measures for the exercise of fundamental rights. The adoption of commitments at the international level extends to the domestic sphere, in which states must seek to align their systems in a manner consistent with their international commitments.

1. UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

The internationalization of human rights arises from the establishment of the United Nations Organization and its Charter, which marks a milestone in the development of modern international law. Despite this, after the creation of the UN, conflicts and human rights violations of all types have occurred. Given this situation, Thomas Risse and Kathryn Sikkink clarify that "enduring implementation of human rights norms requires political systems to establish the rule of law" (Risse and Sikkink, 2007: 3). Indeed, from a constructivist perspective, the identities created around what is understood as human rights have been the focus of an important international consensus. The global understanding of human rights has linked the different local, national and global actors, who have shared the principles for norms and regimes created in this branch of the law. In fact, "even if human rights are thought to be inalienable, a moral attribute of persons that public authorities should not contravene, rights still have to be identified - that is, constructed - by human beings, and codified in the legal system" (Donnelly, 1998 cited in Forsythe, 2006: 3). It has thus been necessary for state officials,

social activists, and even victims, to advocate the creation of these standards nationally and internationally. As mentioned above, the Universal Declaration of Human Rights is the basic document giving rise to the development of instruments that today make up the system. There are nine instruments that constitute the fundamental structure of the universal human rights system. Their common characteristic is the call made to the States to respect fundamental rights and incorporate the necessary protection measures into their domestic systems. Additionally, these instruments have developed protocols that add rights and obligations to those initially adopted. These are:

1. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination CERD

2. International Covenant on Civil and Political Rights ICCPR

3. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ICESCR

4. International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women CETFDCM

5. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment UNCAT

6. The Convention on the Rights of the Child CRC

7. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families CTM

8. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances ICPPED.

9. International Convention on the Rights of Persons with Disabilities CRPD

It is easy to determine each instruments' scope by its name. The ICCPR constitutes the basis for the rights promulgated in liberal democracies. It includes the right to free expression, freedom of worship, the right to association, and prohibits arbitrary detention and investigation without a cause, among others. The ICESCR contains a series of rights, mainly economic in nature, which include the right to work, the right to a fair

wage, the right to vacations, the right to education, the right to health and the right to a dignified retirement. The CETFDCM establishes gender equality in all areas of action. The UNCAT prohibits torture and all other treatments practiced, especially in times of conflict. The CRC requires governments to guarantee children's rights to not be separated from their families, safeguarding their integrity against any abuse and guaranteeing their right to free expression, among other rights. The CTM extends the rights of the ICCPR to migrant workers. The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance seeks to protect persons who are detained and disappeared by governments in the margins of legality. The CRPD categorically prohibits discrimination against persons with disabilities and requires States to implement the necessary measures in the workplace and civic spheres. The current status of international treaty ratification shows a generally encouraging picture regarding the international community's acceptance of treaties on human rights issues, as shown in the following table:

Table 1

Treaty	Date of Entry into Force	Ratification Status
CERD	January 4, 1969	178
PIDCP	March 26, 1976	169
ICESCR	January 3, 1976	166
CETFDCM (Cedaw)	September 3, 1981	189
UNCAT	June 26, 1987	162
CDN	September 2, 1990	196
CTM	July 1, 2003	51
ICPPED	December 23, 2010	58
CRPD	May 3, 2008	175

Source: UN Treaty Collection
Elaboration: Tellez, I, Jerovi, S.

The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination CERD entered into force on January 4, 1969. Its current status is 178 State parties. The International Covenant on Civil and Political Rights ICCPR entered into force on March 26, 1976, and has 169 State parties. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights PIDESC entered into force on January 3, 1976 and has 166 State parties. The International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women CETFDCM entered into force on September 3, 1981 and has 189 State parties. The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment UNCAT entered into force on June 26, 1987 and has 162 State parties. The Convention on the Rights of the Child (CRC) came into force on September 2, 1990 and has 196 State parties. The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and their Families CTM entered into force on July 1, 2003 and has 51 State parties. The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance entered into force on December 23, 2010 and has 58 State parties. Finally, the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities CRPD came into force on May 3, 2008 and has 175 State parties. (UN Treaty collection)

In general terms, modern societies and developed States have included the guarantee of human rights in their public policies. They do not necessarily elevate them to the constitutional category, but they do exist within public policy. The internationalization of norms is thus not enough. Their internalization within countries is also necessary. The process by which these international norms are internalized and implemented at the domestic level is understood as a “socialization process” (Risse and Sikkink, 2007). There are three types of mechanisms to achieve this and make these standards lasting and effective. Instrumental adaptation and strategic bargaining, both internal and external, through which is negotiated internationally, and internal opposition is appeased. In this stage, even a merely discursive use can be provided in favor of human rights. In a second moment there is processes of moral consciousness-raising, which emphasizes argumentation, dialogue and persuasion. These communicative behaviors focus on an exchange of information through verbal utterances, or discourses, meaning the validity of human rights norms to clarify the actions that have been taken (Risse and Sikkink, 2007). Finally, practice of the domestic institutionalization and habitualization according to that mandated by international

regulations begins at the domestic level, independent of individual beliefs regarding its validity.

This phenomenon is related to the international regimes approach by Kathryn Sikkink and Martha Finnemore regarding the "norm cascades". For them, international or regional standards establish standards for the proper behavior of states (Finnemore and Sikkink, 1998). Thus, through the study of human rights principles, they explain that the norms have a "life cycle" which emerge in a first stage, are socialized in a second, and are internalized in a third. In the second stage is where the cascade occurs, because the norms "fall" to society in general or to the states. Whether due to social pressure, the desire to improve internal or external legitimacy, or rulers' desire to boost their self-esteem, the "norm cascade" is facilitated (Finnemore and Sikkink, 1998). Rules are subsequently internalized and applied, guaranteeing the rights they defend.

An example of the "norm cascade," developed by Kathryn Sikkink, is the "cascade of justice", which corresponds to "a rapid, and dramatic shift in the legitimacy of the norms of individual criminal accountability for human rights violations and an increase in actions (like prosecutions) on behalf of those norms" (Sikkink, 2011: 7). While this does not mean that true justice occurs, it ensures that the norm has a new force and legitimacy, because of the fact that it has become common to prosecute state officials involved in serious human rights violations (Sikkink, 2011). The result of these actions, and their effectiveness -which in many countries has been strongly questioned- remains to be evaluated.

Despite the mutual construction of international commitments and state obligations, there are still several limitations in the implementation and enforcement of human rights norms. The norms system for States with authoritarian regimes, poor States and developing States, does represent certain impositions from the international level, which, added to the obvious limitations of a social and economic nature, prevent the guarantee of rights in an effective, indivisible and egalitarian manner.

a. Instruments

With regard to the possible ambiguity that accompanies these instruments in their construction, we will analyze some articles that, by way of example, will serve as an indicator of this presumption.

International Covenant on Civil and Political Rights

Article 19 of the ICCPR regarding the Right of Free Expression establishes:

Article 19

1. No one can be harrassed for their opinions.

2. Everyone has the right to freedom of expression; this right includes the freedom to seek, receive and disseminate information and ideas of all kinds, regardless of borders, be it orally, in writing or in printed or artistic form, or by any other procedure of the person's choice.

3. The exercise of the right provided for in paragraph 2 of this article entails special duties and responsibilities. Accordingly, it may be subject to certain restrictions, which must, however, be expressly set forth by law, and be necessary to:

a) Ensure respect for the rights and reputation of others;

b) The protection of national security, public order and public health or morals.

States, in the domestic sphere, have found space to protect their exceptions, principally in number 3. These restrictions can take the form of fraudulent, defamatory, obscene and even dangerous messages, according to the agent's point of view, being constituted as extremely broad frameworks giving the State complete freedom for interpretation as it sees fit. Paragraph b is broad enough for States to determine what is considered a threat to national security. In this way, said right is limited to domestic consideration, is vague and imprecise, and does not grant facilities to limit the space for interpretations.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Along the same lines, we will review the Right to Work contained in the ICESCR:

Article 6

1. The State Parties to this Covenant recognize the right to work, which includes every person's right to have the opportunity to earn a living through freely chosen or accepted work, and shall take appropriate measures to guarantee this right.

2. Among the measures to be adopted by each of the State Parties to this Covenant in order to achieve full effectiveness of this right will be technical and vocational guidance and training, the elaboration of programs, standards and techniques aimed at achieving on-going economic, social and cultural development and full and productive occupation, in conditions guaranteeing the fundamental political and economic freedoms of the human person.

Article 7

The State Parties to this Covenant recognize the right of all to the enjoyment of just and satisfactory working conditions, which ensure in particular:

a) A remuneration that provides all workers, at minimum:

i) An equal and equitable salary for work of equal value, without distinctions of any kind; in particular, women should be guaranteed working conditions not inferior to those of men, with equal pay for equal work;

ii) Dignified iving conditions worthy for workers and their families in accordance with the provisions of this Covenant;

b) Safety and hygiene at work;

c) Equal opportunity for all to be promoted, within their work, to the category corresponding to them, with no considerations other than time of service and ability;

d) Rest, enjoyment of free time, reasonable limitation of work hours and periodic paid holidays, as well as the remuneration of holidays.

General questioning of these instruments includes, for example: How is the determination of what is considered a fair wage made? What is a decent life? What is reasonable in regards to what constitutes a working day? The achievement of full employment, rather than a human rights goal, is an economic development goal that guarantees optimal social conditions; even so, unemployment is a modern condition common to both developing and developed countries. In another very important area, even when there are advances in terms of labor rights and economic development in a country - have women achieved the same benefits as men? Throughout the world, it is known that women are historically behind in terms of job opportunities and wages when compared to men. So, are we facing a systematic violation of rights or it is needed an articulation with development and mainstreaming of gender approach?

Article 2 of this convention establishes that:

1. Each of the State Parties to this Covenant will adopt measures, both separately and through international assistance and cooperation, in particular economic and technical, to the maximum extent of the resources at its disposal, to progressively achieve, by all appropriate means, including, in particular, the adoption of legislative measures, the full effectiveness of the rights recognized herein.

2. The State Parties to this Covenant will guarantee the exercise of the rights enunciated therein, without discrimination on grounds of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic position, birth or any other social condition.

3. Developing countries, with due regard to human rights and their national economy, will be able to determine to what extent they will guarantee the economic rights recognized in this Covenant to persons who are not their nationals.

In this sense, developing countries have the legal capacity to postpone the offer of these guarantees of rights until they have achieved more optimal economic conditions. What then is the margin that makes it possible to clearly establish the optimum?

International Convention on the Rights of the Child

In the case of the CRC, Article 19 provides that *"States adopt the administrative, social, and educational legislative measures necessary to protect the child against any form of physical or mental harm or abuse, neglect or negligent treatment, mistreatment or exploitation, including sexual abuse, while the child is in the custody of the parents, a guardian, or any other person who has them under their care."*

Questions arise again regarding the crucial aspects defined by the treaty itself, such as the qualification of what is necessary and what is negligent. What is the scope? Does this impose a duty of due diligence on States? What system of international responsibility is established? The foregoing does not seek to underestimate the plural and diverse nature of International Law. The law is based on the fundamental principle of respect for state sovereignty, which, translated, means that the expectations held regarding human rights treaties do not exceed that legally possible. However, there are gaps due to a failure to establish clear behavior guidelines that limit the legal valuation of responsibility.

Under the Law of Treaties, these instruments allow reservations, letters of understanding and unilateral declarations. This without doubt limits and changes the nature of the obligations contained in the treaty. For example, in relation to the CRC that in its Article 37 (c) establishes:

> *"Every child deprived of liberty is treated with humanity and the respect that the inherent dignity of the human person deserves, and in a way that takes into account the needs of persons of that age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults, unless it is considered contrary to the child's best interests, and shall have the right to maintain contact with his/her family through correspondence and visits, except in exceptional circumstances,"*

In this regard, countries such as Great Britain, Switzerland, the Netherlands and Australia have stated that this will be applied so long as they find the possibilities to do so. Thus, the reservation presented by Australia reads:

> *"Australia accepts the general principles of article 37. In relation to the second sentence of paragraph (c), the obligation to separate children from adults in prison is accepted only to the extent that such imprisonment is considered by the responsible authorities to be feasible and consistent with the obligation that children be able to maintain contact with their families, having regard to the geography and demography of Australia. Australia, therefore, ratifies the Convention to the extent that it is unable to comply with the obligation imposed by article 37 (c)."*

Similarly, with regard to countries governed by Islamic law, everything established in the international sphere must be reviewed under this filter, as denoted by the reservation presented by the Kingdom of Saudi Arabia regarding the Convention, in relation to the prohibition of all forms of racial discrimination: *"The Government of Saudi Arabia declares that it will implement the provisions [of the above Convention], providing these do not conflict with the precepts of the Islamic Shariah."*

The following is an illustrative table of the reservations registered, to date, for the aforementioned instruments:

Table 2

Tratado	N° de Reservas	Artículos	Países
CERD	12	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 15, 18, 20, 22	U, Fiji, Mónaco, Suiza, USA, Antigua y Barbuda, Australia, Bahamas, Barbados, Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Malta, Nepal, Papua NG, Tailandia, Tonga, Afganistán, Belorrusia, Bulgaria, Hungría, Mongolia, Polonia, Rumania, Rusia, Ucrania, Vietnam, Yemen, Marruecos, Madagascar, China, Cuba, Egipto, India, Irak, Kuwait, Siria, Libia, Turquía, Tailandia, Bahrein
PIDESC	6	13, 7, 8, 10, 3	Argelia, Bangladesh, China
CETFDMC	11	2, 5, 7, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 28, 29	Siria, Corea, Argelia, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Egipto, Irak, Libia, Francia, India, Malasia, Bélgica, Israel, Kuwait, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Jordania, Irlanda, Singapour, Suiza, Turquía, China, Cuba, Egipto, El Salvador, Kuwait, Libia, Pakistán, Rumania, Venezuela, Yemen. Vietnam
PICDP	6	26	Alemania, Turquía, Austria, Chile, Croacia, El Salvador, Francia, Malta, Rusia, Sri Lanka, Italia, Irlanda, España, Polonia, Noruega, Holanda, Guyana, Trinidad y Tobago
UNCAT	14	1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 15, 16, 20, 21, 22, 28, 30	Botswana, Cuban Fiji, Indonesia, Luxemburgo, Holanda, Tailandia, USA, Cuba, Alemania, Pakistán, Bangladesh, Qatar, Afganistán, Eritrea, Israel, Siria, Vietnam, Marruecos, Pakistán, Polonia, Panamá, Arabia Saudí, Sudáfrica, Turquía, Emiratos Árabes Unidos

CDN	6	1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 37, 38, 40, 51	Botswana, Malasia, Túnez, Alemania, Luxemburgo, China, Oman, Polonia, Tailandia, Corea, Croacia, Eslovenia, Austria, Siria, Argentina, Canadá, Samoa, Holanda, NZ, China, Japón, Dinamarca, Francia, Túnez
CTM	9	94, 15, 18, 22, 27, 46, 47, 48, 92	Egipto, Colombia, Uganda, Chile, Nicaragua, El Salvador, Algeria, Argentina, Marruecos
ICPPED	5	16, 17, 18, 24, 42	Alemania, Cuba, Marruecos, Ucrania, Venezuela
CRPD	8	12, 15, 18, 21, 23, 25, 27, 29	Canadá, Singapour, Kuwai, Malasia, Mónaco, Israel, Polonia, Corea, Malta, Grecia, Eslovaquia, UK, Chipre

Source: UN Treaty Collection
Elaboration: Tellez, I, Jerovi, S.

b. Institutions

The main institutions responsible for ensuring compliance with human rights accompany the nine main treaties mentioned above. Thus, each of the treaties and their additional protocols has its own Human Rights Committee. In total there are ten committees (since the Convention on Torture UNCAT has two, a committee and a subcommittee) comprised of members who are nationals of the States party to the treaties. They are elected by secret ballot and their main function is to offer guidance for the interpretation of the treaties, and review the periodic reports issued by the States. These committees can obtain jurisdiction over a country only if that country ratifies the additional protocol to the treaty in question. The committees have the authority to make observations on the reports, and seven of them can receive petitions from natural persons who consider that their rights have been violated by the State under the terms of the treaty. The

committees do not judge these petitions, but they do require states to respond to complaints and facilitate mediation. These are:

1. International Human Rights Committee (CCPR)

2. International Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)

3. Committee for the Elimination of Racial Discrimination (CERD)

4. Committee for the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW)

5. Committee Against Torture (CAT)

6. Subcommittee for the Prevention of Torture (SPT)

7. Committee for the Rights of the Child (CRC)

8. Committee for the Rights of Migrants (CMW)

9. Committee for the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)

10. Committee on Enforced Disappearances (CED)

These committees have been characterized as weak, since their reports have a high non-binding content whose messages, which they can hardly be ignored by the States, do not lead to concrete action. They identify general situations, but their suggestions become superfluous when establishing how problems should be addressed.

Messages such as "*continue strenghtening legal and institutional mechanisms aimed at combating discrimination*", "*Ensure that adequate resources are afforded to public health services*", "*Examine the extent to which human rights education is available in schools*", are only examples of the fragility of the recommendations and denote the absence of adequate follow-up mechanisms.

This is what causes States to pay little attention to the recommendations on the matter issued by these entities. As of 2011, only 16% of States had submitted their annual reports on time, 20% had never submitted a report in regards to the Covenant of Economic, Social and Cultural

Rights, the Covenant on Civil and Political Rights, or the Convention for the Elimination of Torture (Posner, 2014). It is evident that the number of committees is limited to the scope they intend; in addition, the jurisdiction overlaps between committees, their resources are limited, and this causes their effectiveness to be limited. The reality is that their achievements are directly dependent on the state's will, and their scope is limited to the cooperation received from the state. The committees' function is clearly conciliatory. They have no judicial competence and thus their authority falls on the moral plane. Thus, the protection system offered to victims of rights violations is likewise not very effective. Through 2016, the Human Rights Committee associated with the Covenant of Civil and Political Rights had received 2756 requests. A violation was determined for 975 of these cases and a satisfactory response was obtained from the State for 67 of them.

Above these committees is the UN Human Rights Committee, which has the authority to monitor compliance with all the aforementioned instruments. Similarly, the UN has the Office of the High Commissioner for Human Rights, which serves as the organization's official voice on the matter. The difference between this and other committees is that this body does not respond to any special treaty; rather, its monitoring is widespread, and its members are the States. This Committee succeeds the UN Human Rights Commission, whose fundamental task was to prepare the text of the Universal Declaration of Human Rights.

Compliance with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights is mandatory for member states. These decisions are final and not subject to appeal. (Art. 67-28, American Convention on Human Rights). For this reason, States must comply through clear and effective internal regulations that benefit victims.

In most of the countries of the region, the National Constitutions and their legislations establish the procedures to comply with international regulations. The judgments and dispositions of the Court are usually fulfilled, however, there have been cases in which the countries do not apply the decisions directly. In countries like Mexico, there are federal governments with their own jurisdictions, which usually represent a threat to compliance. In Ecuador and Colombia, there are cases where compliance has been limited or partial. The same has happened with the United States that has not complied with some decisions of the Court, either by opposition of its Supreme Court of Justice or State Courts.

The Court informs the General Assembly of the OAS about compliance with the judgments. In cases where there isn´t full compliance with the verdicts, the coercive mechanisms are very slight since the Court cannot expel those States that do not comply with the resolutions. The Court and the Inter-American Commission on Human Rights can observe and monitor cases of violations and compliance with judgments, in order to generate international pressure that will have a negative impact on the prestige of the country in terms of compliance with international standards.

In relation to the United Nations Human Right´s Bodies, the consequences of non-compliance with resolutions or recommendations often has the same difficulties. Countries might not comply with the UN recommendations on human rights and since there is no legal obligation, only matters of international pressure and prestige remain as moral sanctions. However, there is a fundamental difference with cases that are raised to the UN Security Council, because this organ is the only one within the United Nations system that can decided an armed intervention. This is provided in Chapter VII of the Charter in case of threats to peace.

2. THE LEGITIMACY ASSOCIATED WITH *LAWFARE*

There are many rights that lie outside of the treaties but which have gained traction to the extent that the international dynamic has begun to recognize their relevance; one example is the Right to Development, which emerged within the United Nations. The Declaration on the Right to Development of 1986 establishes in its Article 1: *"The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human being and all peoples are entitled to participate in an economic, social, cultural and political development in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized, to contribute to that development and to enjoy it."* It is a human right and it has both an individual and a collective focus, it links both the national and the international scopes, as it operates in both dimensions, and makes the entire conglomerate responsible for respecting, contributing to and enjoying it (OACDH, 2017). The growing recognition of the Right to Development has led to multiple inclusions within Hard Law, such as the Inter-American Convention on Human Rights 1948 in its Article 26, the African Charter of Human Rights and Persons of 1981 Article 22, the Arab Charter of Human Rights of 2004, Article 37 and the ASEAN of 2012, among other instruments.

Soft Law has been an expeditious way to address many issues in the area of Human Rights. It is a source of unconventional written law that is characterized by being non-binding, but highly effective. Bearing in mind that the international community is a system that contemplates a multiplicity of relations in the political, economic, social, cultural and legal spheres, the conglomerate of international norms is so rich that it allows for the coexistence of different relationship forms on the legal plane, and not all disputes are resolved before judicial bodies. This implies recognizing the existence of a broad and diverse norm that extends to human rights and that does not necessarily have to be binding in order to fulfill its purposes. Rights such as the Right to Development are contained in Soft Law instruments, but their legal relevance is undebatable. It has been included in the two major frameworks of international action, such as the Millennium Development Goals and the 2030 Agenda for Sustainable Development, which become guides for State's local development plans, which, ultimately, is public policy. The recognition of Soft Law in the International Law of Human Rights allows for adaptation to the changing and spontaneous dynamics of international interrelation. In addition, it is necessary to remember that this does not oppose the Hard Law, nor does it substitute, precede or complement it in terms of Del Toro Huerta (2006). Soft law's flexibility adapts the law to the new mechanisms of normative formation, through the inclusion of new actors that had been outside the legislative creation processes. We consider that a law conceived from Soft Law can be transferred to the field of that which binding; not as a condition necessary for its fulfillment, but because of its increased observance.

The dynamics of international interaction have shown that compliance with international obligations is not linked to the existence of sanctions. Previously, it was shown that the possibility of presenting reservations and unilateral declarations to treaties can considerably reduce the influence of the international judicial system, and has a direct impact on the system of international State responsibility; thus, despite the existence of a binding system, given the great variety of legal possibilities had by States, enforceability from law always be diminished.

The debate regarding State's cooperative behavior, and their compliance with international norms, has a long history and is important to understand the attachment, or lack thereof, to human rights in their strict compliance. In this regard, the neoliberal institutionalist theory and the constructivist social approach allow

an effective approach to the events of this century, in which times of change have can be seen. Neoliberalism has disputed with neorealism the reading of cooperative relations in an anarchic system, in which the hegemony of certain states has never been lacking. On the other hand, the incorporation of broader theories, such as those of international regimes and constructivists, have been able to respond to the emergence of new actors, mechanisms and conditions in the arena of International Cooperation (IC).

Neoliberalism is a response to the neorealist current that since the sixties, with authors like Waltz and Carr, has explained international relations and cooperation. It focuses on the structure of the anarchic international system (understood as the absence of a global government) and determines that IC is not possible and that this type of relationship, or its institutions, will always be defined by power and by the individual interests of the states. This current does not account for several ridges in the international system and its change processes over the years, as is the case of adherence to human rights standards.

Given this theoretical limitation, different approaches appear with other proposals for the analysis of IC, showing that a single conception is not sufficient to explain power in international politics. The same definition of power in regards to issues such as the emerging social structures that are formed at the global level, depending on the context and object of study, is relative to the neo-realist perspective (Barnett, Michael and Duvall, 2005). In neoliberalism, IC is considered as a constant interaction between the states and other actors, which can regulate the obstacles posed by the neorealists (Axelrod and Koehane, 1985). Indeed, for the neoliberals, cooperation coexists with anarchy and this has been seen in practice. Reward structures (game theory) systematically explain the cooperation between actors that, based on their interests and logical reasoning, choose to cooperate. The future's shadow and the iteration of interactions is also the feature of a system that will allow for cooperation. Additionally, the number of actors interrelating provides incentives and possibilities to IC (Axelrod and Koehane, 1985).

The presence and participation of an international leader is considered by neoliberalism, accepting that this allows for the emergence of IC and international regimes (Keohane, 1984). Transfer this is how the current IC and Human Rights system was created following the Second World War, led by the winning countries and more specifically, by the United States. However, this same system,

following the Cold War and certain global economic and humanitarian crises, has led to much more stable multilateral relations, where IC has been maintained beyond the interests or principles of a single country. Therefore, IC is possible without a hegemon to lead it and international regimes to facilitate it (Keohane, 1984). For this, it is key that there are significant common interests, which does not necessarily mean that there is harmony among the actors that cooperate. On the contrary, it must be considered that the actors reach conformity through negotiation processes for problematic issues. That is why "cooperation occurs when actors adjust their behaviors to the current or anticipated preferences of others, through a process of political coordination" (Keohane, 1984: 51).

In this way, international institutions explain the practices and expectations of actors in IC relations. Cooperation or discord affects the beliefs, rules and practices that form the framework for future actions. Likewise, each action must be interpreted within a context that has cognitive consequences and institutional residues (Keohane, 1984). In this way, international regimes, such as those of human rights, make sense, since they make it possible to distinguish IC patterns. International regimes are defined as a set of principles, norms, rules and decision-making procedures, implicit or explicit, around which the expectations of the actors converge, in a determined area of international relations" (Krasner, 1983: 2). Within this definition, the principles and norms have a broad scope, determined by the problem areas faced by governments and which they consider to be so closely linked that they must be attended to jointly. The problem areas are those addressed within common negotiations by coordinated bureaucracies, as opposed to problems that are faced separately and without coordination (Keohane, 1984). These will depend on the actors' perception and their behavior rather than on the inherent qualities of the topics, such that their limits will change over time.

With this reflection, Keohane introduces a relativism of problem areas and the norms that will be created depending on perceptions and behaviors. In addition, the author goes further, stating that the regimes may affect the interests of the states, taking into account the elasticity and subjectivity of the idea of self-interest. Likewise, regimes can affect actors' expectations and values. All this is possible despite the selfish and individual interests of the states.

In the context of recent decades, with a growing interdependence of international actors, international regimes have greater importance and utility for governments in the search to solve common problems without being governed by a hierarchical control system. Additionally, regimes show patterns of cooperative actions beyond isolated events, allowing for analysis of the continuity and changes in global policies. Regarding the appearance of international institutions, such as those of the UN and of Human Rights, several neo-realist authors observe that, when there is a conflict between operations and national interests, national interests will always prevail. However, from the neoliberal viewpoint, the formation of these interests and the way in which institutions affect the definition of states' interests is key. The rational calculations of selfish and individual interests are explained by the iteration of international relations and the wide network of problems and regimes in which states interact. In this regard, regimes and institutions such as the UN and the mandates of their specialized agencies hold an indisputable role in international politics.

For its part, constructivism considers the formation of interests and identities; but beyond a rationalism centered on the anarchic structure and based on self-interests, principally of the states. For this current, institutions share a cognitive and intersubjective conception of the process, in which the actors' interests and identities are endogenous to their interaction, and not given by an exogenous structure. This is how international institutions can transform states' identities and interests. Within this conception, the current system of self-help centered on one's own interests is not caused by an anarchic structure, but rather is due to a process that led to that structure (Wendt, 1992). Alexander Wendt argues that anarchy is what states make of it, since interest in security is not a characteristic of anarchy. Self-help and competitive power policies can be caused by processes of interaction between states, where anarchy has only a permissive role; that is, there can be different types of anarchies according to the collective meanings that constitute the structures organizing our actions (Wendt, 1992).

Behind the interests are identities that depend on a specific context. From this perspective, institutions are a set of identities and interests, with norms and rules that are normally codified formally. The main virtue is that of being cognitive entities that do not exist separate from the actors' ideas regarding the functioning of the world. As collective knowledge, they exist beyond the individuals comprising them at a

given moment, and are mutually constitutive. From this approach, institutionalization is a process of internationalization of new identities and interests, and socialization is a cognitive process. Both processes are more than just types of behavior and their affectations.

Within this framework, states' importance has diminished in the face of new social movements, multinational corporations, transnational networks and intergovernmental organizations. The identities and interests of the states are dependent and can be transformed collectively, within a context of anarchy, by many individual, domestic, systemic or transnational factors (Wendt, 1992).

Constructivism complements the harshest and broadest theories of neoliberalism, explaining phenomena such as the influence of epistemic communities, transnational social groups and international organizations. The latter bring together states and have led them to international commitments and IC agreements, which for several years have collaborated in the construction of their development policies and in attention to important, cross-border problematic issues. International IC can be explained, to a large extent, by its regimes and institutions, which reflect and affect global policies and the interests and identities of its actors. The efforts of institutionalist neoliberals to explain the emergence and growth of IC have been profound. There are other principles that have not been questioned, and rather have been ratified, but with a different approach. Therefore, it explains Staes' behavior in situations of cooperation according to the expectations and agreements of the international group.

Within this scope, it is not possible to establish that fulfillment of International Law is due to the fear of punishment by the international community, but rather, that there are other underlying factors that make the law work. The traditional understanding of the concept of legitimacy in social sciences suggests that a legitimate rule should produce greater compliance on the part of the subjects because it would create natural motivation. This is based on the fact that a rule that enjoys legitimacy is presumed to reflect the common interests of the States, and if these interests in turn represent the stable and secure international society intended, then observance of the law would not be in the norm, precisely, but in the value of reciprocity as a foundational principle of International Law, which compels States to behave in the way they expect their peers to behave. (Zemaneck, 1997)

If the previous reflection is positive, then the prohibition of torture should not represent a threat to IL-HR, since it is a rule enjoying universal acceptance.

We will examine the prohibition of torture in relation to the behavior of the United States in order to analyze the relationship between international law, politics, state behavior and legitimacy. Using torture as a case study facilitates the reflection, given that its prohibition has a legal basis in treaty law, in custom and in jus cogens with the effect that no State has the option of conceiving said practice as legal.

The Universal Declaration of Human Rights in its Article 5 states that: "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment." The International Covenant on Civil and Political Rights likewise enshrines it, in the same terms.

The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment UNCAT, of 1984, and the 1949 Geneva Conventions are the basic instruments for the prohibition of torture. UNCAT defines it as:

> *"Any act by which a person is intentionally inflicted with severe pain or suffering, whether physical or mental, in order to obtain from the person or a third party information or a confession, punish the person for an act he or she has committed, or which it is suspected that he or she has committed, or to intimidate or coerce that person or others, or for any reason based on any type of discrimination, when such pain or suffering is inflicted by a public official or another person in the exercise of public functions, at the instigation of that person, or with their consent or acquiescence. Pain or suffering resulting only from legitimate sanctions, or that are inherent or incidental to them, will not be considered torture" (UNCAT, 1984)*

The 1949 Geneva Convention in its common Article 3 states:

"In the event of an armed conflict that is not of an international nature and that arises in the territory of one of the High Contracting Parties, each of the Parties to the conflict shall have the obligation to apply, as a minimum, the following provisions:

1) Persons not directly participating in hostilities, including members of the armed forces who have laid down their arms and persons put out of action due to illness, injury, detention or any other cause, shall be, in all circumstances, treated with humanity, without any distinction of an unfavorable nature based on race, color, religion or belief, sex, birth or fortune or any other analogous criteria. In this regard, at any time and place, as regards the abovementioned persons, the following are prohibited:

a) attacks against life and bodily integrity, especially homicide in all its forms, mutilation, cruel treatment, torture and torture;

b) the taking of hostages;

c) attempts against personal dignity, especially humiliating and degrading treatment;

d) sentences handed down and executions without previous judgment before a legitimately constituted court, with judicial guarantees recognized as indispensable by civilized peoples.

2) The wounded and sick will be gathered and assisted."

In the United States, the War Crimes Act of 1996 turns serious violations of the Geneva Convention into federal crimes. However, in US criminal law, the term Torture only applies to acts committed abroad, while the majority of the behavior described by UNCAT is included in Amendment 8 of the Constitution. That is to say that, within US law, official acts enter the framework of the constitutional prohibition of "cruel and unusual punishments" and the acts of individuals are classified within the criminal law that describes homicide and other legal types (Hurd, 2017).

With regard to the legitimacy they enjoy, both treaties are among the most ratified: the Geneva Convention has 194 signatories and the UNCAT 162. So, what does it mean for IDHR that a norm considered so legitimate be violated? In 2005, Bush explicitly stated that the United States does not torture. He added: "there's an enemy that lurks and plots and plans to hurt America again. And so, you bet we wiil aggressively pursue them. But we will do so under the law" (Bush, 2005). This is a perfect example of how States demonstrate alignment with the law and how their behavior is framed within the limits of legality.

The Bush administration used the prohibition of torture as an explanation of their behavior in order to justify their actions in light of that prohibition. That is, the conduct of the country was anything but that described by UNCAT. While experts can discuss the absence of legal bases to justify it, they were significant in the politics of legitimacy. The arguments were:

- Prisoners in US custody did not qualify for the anti-torture regime because they belonged to “the war against terrorism” and therefore they did not enjoy the protection of the Geneva Convention. The conflict with Al Qaeda was outside the Convention’s perimeter because it was neither state nor internal. The fighters that were captured did not have a militia organization and therefore they were not protected by the ius in bellum.

- Interrogation practices such as waterboarding were not framed within the UNCAT classification. This was based on the fact that the content of the definition of torture was limited to acts producing pain equivalent to that which accompanies severe physical harm, physical incapacity or even death. Additionally, the US established that in order for torture to be configured, the agent must have the intent to inflict harm or suffering, which is entirely different from wishing to extract information.

- The US Constitution allows the president to exceed the limits of international law in extreme conditions such as the war against terrorism. Therefore, when the president exercises the role of commander in chief of the armed forces, his actions are discretionary, as well as that of his agents.

American practice challenges the traditional conviction that non-compliance with the law is the product of a lack of legitimacy. This is how the concern arises as to whether the fact that there is an extensive and repeated practice of torture mechanisms, despite the existence of a system of rules prohibiting it, is evidence that these rules are not legitimate. But perhaps we are seeing another possible reason: that rules such as those prohibiting torture gain power when considered legitimate, even if that power does not translate into greater compliance.

This is how legitimacy allows law to be used as a useful resource to define state practice, and this right is precisely the discursive material under which States are protected and with which they obtain political

legitimacy. That is to say, the non-observance of a norm can coexist with its legitimacy, without altering the concept of legitimacy.

In this sense, the relationship between International Law, IDHR, politics, state behavior and legitimacy is reduced to a matter of interpretation of the norms and the State's ability to justify its behavior within the legal parameters. However, this need for justification in turn reflects the dependence of States, and maintains the prevailing Rule of Law.

Beyond the realistic theories of International Relations that places International Law and ILHR as a system subordinated to power and selfish interests or, like the liberal framework, which is more optimistic and trusts that the international legal system in effect imposes limits on the state's behavior, it is evident that ILHR ends up being a social practice that facilitates political justifications. It is as empowering as it is restrictive, because when a State chooses to be bound by an international instrument it does so voluntarily, and likewise, when it is bound, it has a broad scope to interpret the norm in such a way that it can advance achievement of its own objectives. This could be proven through the relationship between the rules prohibiting torture and US practices since the year 2000.

IL-HR is a permissive and at the same time limiting system, and its relation to power is far more complex than what we assume on a daily basis because governments frequently ignore, violate and redefine their international obligations. Powerful states thus have more opportunities to assume the costs of not complying with ILHR than weak states, as demonstrated by the US invasion of Iraq in 2003. Moreover, when strong states violate legal provisions, their actions can even be taken as evidence of a change in the rules.

The international system goes through a series of post-globalization changes that present economic, environmental, social and political limits to the system. On this last level, Sanahuja states that we are going through "problems of representativeness, legitimacy and effectiveness of postwar multilateralism" (Sanahuja, 2017). An "emerging normative challenge" and a response from the domestic to the liberal international order are proposed; this could pose an additional challenge to the difficulties already described, given that the international human rights system fails to establish itself as a strong and independent system and would end up, in this scenario, entering the declining sphere of liberal multilateralism.

3. CONCLUSIONS

It is clear that human rights instruments are not determinative when adjudicating responsibilities due to the lack of effectiveness of the system. The Hard Law represented in the Law of Treaties allows States to present the exceptions that they consider necessary to ratify the treaties. This possibility modifies the relations of responsibility in the treaty framework. Perhaps the necessary modification should be directed to the fact that as a general rule human rights treaties do not admit reservations, or, at least, they considerably limit them. This could have repercussions on a system of responsibility for human rights violations that is much more secure, legally speaking.

In the current system, a clear rule does not necessarily translate into a clear obligation, and a clear obligation does not mean that there is a consensus on the meaning of compliance with that obligation. The principal treaties regarding human rights are ambiguous and leave a very wide space for interpretations. The provisions contained in human rights instruments must be sufficiently specific, clear, and transparent, so as to reduce the space for interpretation by the State. The IC system and the international regimens of human rights require clearer rules and, more effective sanctions for all the actors involved.

In this regard, enforcement mechanisms for ILHR must be stricter, have adequate follow-up mechanisms and greater financial resources. The possibility that States do not accept the mechanisms for judicial settlement established by the treaties reduces to a minimum their level of commitment when facing a complaint for alleged human rights violations. The commissions in charge of ensuring compliance with the treaties must have judicial or pre-judicial authority -such as the IACHR- that allows them to adjudicate responsibilities and go far beyond the languor of the recommendations.

On the other hand, the inability of the system to guarantee all rights in its entirety must be recognized. If we start from the idea that ILHR's main objective is the protection of people through the guarantee of their freedoms, we must consider that, even with the best efforts, achieving the realization of economic and social rights is not an exclusive possibility for an efficient legal system. It is a social and political responsibility that punishes the poorest countries, in particular. The political and civil rights established in the consciousness of the liberal democracies basically require democratic

governments willing to guarantee them. However, the challenges represented by the fulfillment of economic and social rights are dependent on other variables that escape the law.

This does not mean that the international and internal norms of the countries can leave aside some or other rights. Just as the norms of ILHR´s must be articulated in order to comply with its universal and indivisible principles, institutions and monitoring mechanisms must also do the same until they land in society, in communities and in all people. The recognition must be profound with respect to those countries and people where protection or well-being is not coming, and the fulfillment and exercise of rights is a distant reality. Obviously, solid normative bodies will not be enough, but integral domestic policies are necessary, with effective and efficient institutions and governments.

The legal weaknesses should not be confused with political weaknesses. There are flaws in the legal system, but the main responsibility falls within the scope of state and international political will. Law as a medium needs a political project to support it and IL-HR is a political project of the international society. If IL-HR were above policy, it would be much easier to distinguish between the legality and illegality of foreign policy options. This makes it possible to understand the close relationship between the power and policies of IL-HR. The law is not a system of rules outside state power; instead, it is a social practice in which States participate and use the law to work towards their own interests.

4. REFERENCES

Axelrod, Robert, and Robert O. Keohane (1985). *Achieving cooperation under anarchy: Strategies and institutions.* World politics 38. 1

Barnett, Michael, and Raymond Duvall (2005). *Power in International Politics*. International Organization 59(1)

Buergenthal, Thomas. (1997). *The normative and institutional evolution of international human rights*. Human Rights Quarterly, 19(4)

Cassel, Douglass. (2001). Does international human rights law make a difference? *Chicago Journal of International Law,* 2(1), 121-135. Available at: https://search.proquest.com/docview/237215195?accountid=13357

Cielo Cristina. (2018). *Corte IDH: Siete preguntas para entender la audiencia del 2 de febrero.* Instituto de la Democracia y Derechos Humanos de Perú. Available at: http://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/indulto-ante-la-corte-idh-siete-preguntas-entender-la-audiencia-del-2-febrero/

Del Toro Huerta, M.I. (2006). El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario mexicano de Derecho Internacional. Vol VI*, 2006

Finnemore, M. (1996). *Norms, culture, and world politics: insights from sociology´s institutionalism*. International Organization, 52

Finnemore, Martha and Kathryn Sikkink (1998). *International Norm Dynamics and Political Change*. International Organization, 52

Forsythe, David (1984). *Derechos humanos y política mundial.* Buenos Aires: Universitaria.

Forsythe, David (2006). *Human rights in international relations.* Cambridge: Cambridge University Press.

George W. Bush, news conference, Panama City, November 7, 2005.

Huneeus, A. (2011). Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal. Vol 44*, 2011.

Hurd, I. (2017). *How to do things with International Law.* Princeton.

Keohane, R.O. (1984). *Cooperation and International Regimes. After hegemony: Cooperation and discord in the world political economy.* Princeton University Press

Krasner, S. (1983). *Structural causes and regime consequences: Regimes as Intervening Variables.* International Law and International Relations, 2007

Naciones Unidas (2012). *Indicadores de Derechos Humanos: Guía para la medición y la aplicación*. Available at: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

Posner, E. (2014). The twilight of human rights. *Oxford University Press.*

Risse, T., Roop, S. and Sikkink, K. (2007). The power of Human Rigths: International Norms and Domestic Change. *Cambridge University Press.* Nueva York – Estados Unidos.

Sanahuja, J.A. (2017). *Crisis de globalización y hegemonía en cuestión: un escenario de cambio estructural para Cuba y Latinoamérica y el Caribe.* Pensamiento propio, 22 (45).

Salgado, E. (2012). *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Cuestiones Constitucionales, (26).

Scott, S. (2017). *International Law in World Politics, an introduction.* Lynne Rienner publishers.

Sen, A. (2004). *Elements of a theory of human rights.* Philosophy & Public Affairs, 32(4)

Sen, A. (2012). The Global Reach of Human Rights. *Journal of Applied Philosophy,* 29.

Sikkink, K. (1998). *Transitional Politics, International Relations Theory, and Human Rights.* Political Science and Politics, 31(3)

Sikkink, K. (2013). *The Justice Cascade: Human Rights Prosecutions and Change in World Politics*, Recuperado de https://bc.sas.upenn.edu/system/files/Sikkink_04.08.10.pdf

War Crimes Act (1996) Available at: https://www.dni.gov/index.php/ic-legal-reference-book/war-crimes-act-of-1996

Wendt, A. (1992). *Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics.* International organization 46.2

Zemanek, K. (1997). *The Legal Foundations of the International System, General Course on Public International Law*. Recueil des cours. (V) 266,

Legal Documents

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx

Convención de Ginebra de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, Available at: https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra?gclid=CjwKCAjwoMPcBRAWEiwAiAqZh8XD4jycjMWIiGTn1f1zIEComY7hchV9t2oe2I_Bp84QT7ZyTXtMFhoClHsQAvD_BwE

Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx

Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [A/RES/61/106]. Available at: http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=617

Convención sobre los Derechos Del Niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/righttodevelopment.aspx

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Available at: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Available at: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx

Linkography

United Nations Treaty Collection Available at: https://treaties.un.org

United Nations Human Rights Office of the High Comissioner. Available at: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/FollowUp.aspx?Treaty=CCPR&Lang=en

United Nations Human Rights Office of the High Comissioner. Available at: http: //www.ohchr. org /EN / HRBodies / Pages/ Human Rights Bodies .aspx

Recibido: 14 de septiembre de 2018

Aceptado: 5 de noviembre de 2018

Dra. Ivonne Téllez Patarroyo, Mgtr: Docente titular PUCE, LL.M en Derecho Internacional University of Glasgow, Abogada de la Universidad de San Buenaventura, Colombia. Profesora titular agregada de la Facultad de Comunicación de la PUCE y de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Directora de la Carrera Multilingüe en Negocios y Relacio-

nes Internacionales de la PUCE. Directora del Centro de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia PUCE

Correo electrónico: itellez783@puce.edu.ec

Dr. Sebastián Yerovi Proaño, Mgtr: Investigador FLACSO, Sociólogo ecuatoriano y máster de relaciones internacionales con mención en seguridad y derechos humanos por FLACSO – Ecuador. Ha investigado y trabajado en proyectos para población con necesidad de protección internacional, en difusión y defensa de derechos humanos. Especialista en cooperación y organismos internacionales, desarrollo sostenible y asuntos culturales

Correo electrónico: socsebasyerovi@gmail.com

Populismo Penal y Lawfare en la Movilidad Humana

Populism in Criminal Law and lawfare at human mobility

Dr. Alex Valle Franco, PhD (Autor Corresponsal)
Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales

Felipe Rodríguez Estévez
Investigador jurídico independiente

Rosa Bolaños Arellano
Investigadora jurídica independiente

Artículo Original (Científico)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 193-225, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la criminalización de la migración (¨crimigración¨) deviene de un proceso de securitización en el marco de una política pública basada en la defensa estatal, la seguridad nacional y la defensa de la institucionalidad gubernamental. En este artículo se plantea un estudio que muestra el discurso excluyente hacia los inmigrantes, específicamente en caso venezolano. Ese discurso, permite legitimar la categorización entre ciudadanos y enemigos dándoles a estos últimos un tratamiento punitivo diferente en razón de su supuesta peligrosidad hacia el contrato social y el orden público.

PALABRAS CLAVE: crimigración, securitización, seguridad nacional, innmigrates, enemigos y contrato social.

ABSTRACT: criminalization of migration, comes from a process of securitization determinate as a matter of national defense, for the protection of national security and state institutions. Hence this article propounds a study that will develop the formation of an excluding discourse toward immigrants specifically in the case of Venezuelans migrants. So in this context this discourse state allows the

categorization between citizens and enemies giving these last ones a different criminal treatment because of their supposed dangerousness to the law and order.

KEY WORDS: Criminalization of immigration, securitization, national security, in-migrants, enemies, law and order

INTRODUCCIÓN

Durante la última década el Ecuador se ha convertido en un país de acogida de inmigrantes de distintas nacionalidades y condición migratoria (migrantes económicos/refugiados). Este hecho se originó con la disposición constitucional que reconoció el derecho a migrar (Art. 40 CRE) y el Decreto Ejecutivo(s/n) que eliminó la visa de ingreso de turistas al país el 20 de junio de 2008, postura que generó un marco aparente de protección de derechos para los migrantes.

Hablamos de un marco aparente porque, además; las prácticas y la política pública migratoria aplicada se basaba en el securitismo e incluso en la doctrina del Derecho Penal del Enemigo. Dicha doctrina, viene de la mano de interpretaciones extensivas del funcionalismo penal, el cual se basa en un estado soberano que genera enemigos y vulnera derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos para brindar a la sociedad una falsa imagen perceptible de seguridad.

El presente artículo tiene como finalidad esclarecer el proceso de expansión del fenómeno securitista al ámbito migratorio y la criminalización de la migración, esto dentro del marco de construcciones sociales que refuerzan las construcciones normativas estructuradas en función de argumentos políticos no jurídicos.

1. LA SOCIEDAD DE RIESGO DEL SIGLO XXI

Para entender como se ha desarrollado el proceso de crimigración, es necesario entender como el migrante ha sido etiquetado en la sociedad de riesgo en la actual era de la globalización, la cual definió la trasformación de la sociedad en el ámbito político económico e incluso cultural (Aller, 2010; p.2). De ahí que, el rasgo fundamental de este fenómeno se materialice en un proceso de liberación del mercado y flexibilización de las fronteras estatales, con la finalidad de estructu-

rar un espacio internacional de intercambio (Beck, 1998; pp.12-13). Sin embargo, desde algunos enfoques, en el marco de esta interconexión global también se liberan fuerzas destructivas que aprovechan la globalización para cimentarse como factores corrosivos en sectores vulnerables (Beck, 1998; p.26).

En ese sentido este proceso de liberación en el escenario internacional, da lugar a la formación de un proceso paralelo de desigualdad, porque mientras las riquezas y ganancias se distribuyen alrededor del mundo, surge una gran brecha vulnerable de pobreza que no puede competir en los mercados internacionales al igual que las grandes potencias mundiales (Beck, 1998; p.27). De ese modo la sociedad global generadora de riquezas se convierte en una sociedad repartidora de riesgos, es por eso que desde una posición securitista se considera que ciertos agentes criminales activos aprovechan dicho punto ciego y sacan ventaja de las innovaciones producto de la globalización (Chabat, 2011; p.4).

Por lo mencionado, el aprovechamiento de la globalización desemboca en la internacionalización y especialización de la actividad delictiva, creando nuevas amenazas y peligros para el colectivo social (Cabello y Ruiz, 2006; p.28). Siendo la consecuencia inmediata, una activación reaccionaria del Estado para contrastar la amenaza y devolver la seguridad y orden público. En este orden de ideas la sociedad de riesgo se manifiesta como un fenómeno producido por un acto del ser humano, el cual con la voluntad y conocimiento del mismo materializa una agenda delictiva compleja y tecnificada de acuerdo con los beneficios encontrados en la globalización (Buergo, 2001; p.25). Entonces, el resultado se concreta en la afectación de la paz pública, contemplada en el contrato social de los habitantes de un Estado y a efecto de aquello también se refleja en la inoperancia gubernamental para neutralizar la amenaza de actividades delictivas a gran escala, produciendo una percepción social del crimen en un escenario incontrolable y como factor esencial en la formación de la inseguridad y violencia (Sánchez, 2001; pp.27-28).

En ese contexto, dicho fenómeno social se caracteriza en primer momento por superar el riesgo permitido en cuanto al control punitivo de un Estado; es decir la afectación por parte de un fenómeno criminal "nuevo" que no se reduce a una afectación de tipo individual, la cual puede ser controlada y sancionada mediante el sistema penal clásico (Diez Ripollés, 2005; p.4). La criminalidad moderna especializa sus actividades delictivas para insertarse como una amenaza al Estado,

surgiendo una percepción de inseguridad y violencia hacia la población. A partir de esta concepción de inseguridad y alarma colectiva, las demandas sociales por políticas estatales de seguridad y defensa son más asertivas al punto que se evidencia la instrumentalización del derecho penal para la protección de nuevos peligros y amenazas (Muñagorri y Casares, 2009; p.161).

Por todo lo mencionado, la "justificación" reaccionaria del Estado ante nuevos fenómenos criminales como: crimen transnacional organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros sean los factores que marquen la conexión de una habilitación de tipo securitista en cuanto defensa y seguridad nacional estatal con la finalidad de mantener el orden público y la subsistencia del contrato social (Diez Ripollés, 2005; p.5). Esto se resume según Estrada Rodríguez (2013), a lo expuesto por Hobbes en su obra "el Leviatán" sobre política securitista:

> Cada persona deberá a estar dispuesta a prescindir de sus derechos cuando los demás estén dispuestos hacer lo mismo, y por tanto esta cesión de parte de los ciudadanos es entregada a este abstracto llamado Estado para que el mismo pueda velar por su seguridad y beneficio (p.370).

Es así que, ante el discurso de seguridad y defensa estatal ante nuevos peligros a causa de nuevos fenómenos criminales, la actuación del Estado se determina en la habilitación e intervención del control punitivo plasmado en un derecho penal excepcional o de emergencia, el cual tiene como objetivo contrarrestar las características principales de la sociedad de riesgo en relación a las nuevas formas de criminalidad, instaurando un tratamiento diferente y más drástico en la política criminal para estas nuevas formas de criminalidad. Blanca Mendoza Buergo (2011) destaca las características de la sociedad de riesgo, las cuales han sido incorporadas al derecho penal emergente, en este sentido:

> 1. Cambio en el potencial de los peligros en relación con otros periodos:
>
> Estos nuevos peligros, se insertan dentro de aquellos que son artificiales en este sentido son producidos por la actividad de los seres humanos y vinculados a la voluntad de estos, es decir una acción que conlleva a una decisión consiente y voluntaria para planear y ejecutar delitos complejos y estructurados (pp.25-28).

2. Complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad:

Las nuevas formas de criminalidad al presentarse con estructuras organizadas especializadas, además de instrumentos tecnológicos especializados para su operatividad delictiva, además de la red de comunicación y jerarquización de sus integrantes, dan lugar a que se produzca cierta dificultad en cuanto a la imputación y atribución de responsabilidades en cuanto a los sujetos involucrados. Todo esto por el incremento de interconexiones en la organización delictiva y las actividades delictivas a gran escala limitan la actividad de imposición de responsabilidades en el ámbito penal creándose una cadena de impunidad al largo plazo (p.32).

3. Creciente sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros:

Ante los nuevos peligros y nuevas formas de criminalidad en la era de la globalización, las existencias de estos amenazan a la vida en colectividad, lo cual fomenta en los habitantes de un Estado un sentir de inseguridad creciente en la vida cotidiana. Por lo que ante dicha exposición al peligro la masa social clama al Estado para que tome medidas para solucionar el problema de la inseguridad, incluso cuando esto peligros nos son reales, dando lugar a una respuesta provisional y excepcional del Estado para neutralizar dio fenómeno (pp.30-34).

En razón de las características anteriormente desarrolladas, se evidencia la tendencia a utilizar el Derecho Penal como mecanismo de protección del orden público, la paz social o la seguridad nacional, lo que da lugar a que se faculte esta actuación en razón de identificar y señalar a un enemigo en particular (Carrasco, 2017; p.73). Y es a partir de este señalamiento de "enemistad" que el derecho penal de la seguridad o derecho penal del riesgo encuentra su factor de legitimización y utilización el discurso del populismo penal para configurar el combate y la lucha de formas de criminalidad graves y a gran escala, para lograr la armonía del contrato social (Polaino- Orts, 2009; p. 382).

Por consiguiente, la reacción estatal se configura en el modelo de Estado trasnpersonalista, en el cual priman intereses colectivos para la construcción del bien común por sobre ciertas garantías y derechos fundamentales de tipo individual (García, 1966; p.18). Debido a lo mencionado, en cuanto a la conceptualización del Estado trans-

personalista, la manera de determinar la política criminal en la actualidad se ha encaminado a la protección de bienes jurídicos supraindividuales como el orden público, paz social o seguridad nacional (Villegas, 2009; p.5). Todo esto encaminado a la inclusión de técnicas del derecho penal del enemigo como: la anticipación de punibilidad y la tipificación de delitos de peligro abstracto, al ser el objetivo principal señalar a un individuo o individuos que amenazan o constituyan una potencial amenaza para el acto social o el aparataje estatal (Polaino-Orts, 2009; pp.381-382).

Es así que partir de este "fichaje" del "otro" como potencial peligro o amenaza, se ha influido en la configuración de la política criminal moderna en cuanto a: flexibilización de estándares de imputación penal y principios básicos del derecho penal. De manera que el ordenamiento jurídico penal vigente, se dedica a criminalizar a ciertos sectores de la población y a excluirlos del sistema social por considerarlos enemigos o individuos que deben ser tratados bajo "otro régimen" para sancionar sus actuaciones (Aponte, 2006; p.170).

En definitiva, la sociedad de riesgo tiene una existencia material en cuanto a su relación con la formación de nuevas formas de criminalidad que son más tecnificadas y complejas afectando al orden y seguridad de sus habitantes (Pérez, 2007; p,98). Sin embargo, las reacciones estatales para combatir estas actividades delictivas especializadas, se han basado en una reacción punitiva desproporcionada y poco objetiva ante los fenómenos criminológicos contemporáneos. Este hecho ha dado lugar a la cimentación de un ordenamiento jurídico de tipo securitista que criminaliza ciertos sectores y ofrece un discurso sancionatorio de combate para fomentar la seguridad incluso si esa seguridad desnaturaliza garantías básicas del sistema penal.

1.1. Creación del enemigo en el imaginario social (estereotipización criminalizante)

En el constructo social, la sociedad es una institución cuya dinámica dialéctica (Castoriadis, 2007, pp.12-13) se estructura en función de las relaciones sociales de los individuos. De ahí que, en estas relaciones sociales entre los individuos, estos se determinan dentro del imaginario social (Castoriadis, 2007, p.415). Es así como lo factible y lo permisible en la configuración social se desarrollan a partir de la selección de valores e instituciones tomadas como necesarias para su

funcionamiento. De modo que, esta determinación de valores permite positivizar instituciones sociales dentro del mundo jurídico, así como el asignarles una fuerza de acción específica. Y es así que, durante este proceso los individuos renuncian a libertades personales con el fin de garantizar la protección de dichos valores e instituciones establecido mediante el contrato social y los mecanismos legítimos de protección (Rousseau, 1999, pp.14-16).

Por tal razón el Derecho, como mecanismo de protección de valores e instituciones de la sociedad, establece un sistema jurídico de carácter positivo que permite el control y la protección de los valores e instituciones derivadas de la realidad social que el conglomerado social ha determinado como relevantes para su estructura social. En ese contexto, dicho ordenamiento jurídico plantea soluciones a los conflictos intersubjetivos de la realidad social, estableciendo parámetros mínimos y máximos de actuación estatal por cuanto un hecho social puede vulnerar otros derechos reconocidos por dicho ordenamiento.

Por lo mencionado, la estructura del sistema jurídico se determina para la protección de valores e instituciones, comparte un origen dentro del imaginario social por cuanto es posible y previsible la actuación del aparato estatal (Castoriadis, 2007, p.415). En este sentido, el sistema jurídico se ve influenciado por la expectativa social (Parsons, 1984, p.48) que recae sobre un individuo al respecto de lo socialmente determinado como aceptable dentro de sus interacciones generando o no una respuesta coercitiva que de manera legítima se manifiesta mediante el poder punitivo.

Para Zaffaroni (2006), el poder punitivo –como parte del sistema jurídico– realiza categorizaciones sobre los individuos catalogándolos como ciudadanos o enemigos sin observar su condición intrínseca de persona (pp.36-37). Por ende, la construcción del enemigo depende de la construcción socialmente aceptada como lo “no deseado” o “lo peligroso” quedando como un concepto determinado por el espacio y por el tiempo en donde tenga lugar la interacción social.

En consecuencia, el enemigo, como concepto mutable, se nutre del imaginario social (Castoriadis, 2007, p.415), para adoptar características conceptuales de índole política, religiosa, económica e ideológica que sean imperantes y reconocidas como potencialmente peligrosas (Jakobs, 2003, pp.33-35) para el contrato social.

1.1.1. Derecho penal del enemigo

La respuesta netamente jurídica de la sociedad ante lo extraño[54] es la estructuración de cuerpos normativos codificados que en su afán de proteger los valores e instituciones, determinadas por el conglomerado social, permiten la actuación del poder punitivo en observancia de la configuración político jurídico adoptado por una sociedad. En razón de aquello, estas construcciones normativas de índole positiva se determinan a partir de premisas ius filosóficas provenientes de la dogmática jurídica en un intento de legitimar las posteriores actuaciones de carácter coercitivo por parte del aparato estatal siendo relevante la institucionalización del Derecho Penal como mecanismo de ultima ratio como una respuesta al expansionismo penal.

Así, dentro de la dogmática penal, el jurista Günther Jakobs en su obra "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht[55]" de 1985 retoma los conceptos planteados por Fichte[56] y Rosseau[57] sobre el enemigo en observancia del quebrantamiento voluntario del contrato social y la negación del mismo ante el orden social establece criterios de calificación para los individuos tanto como ciudadanos así como enemigos.

Por consiguiente, estas categorías conceptuales formuladas por Jakobs se determinan por la aplicación del Derecho Penal dentro del cometimiento de un acto infraccionario penalmente relevante en contraste con la potencial peligrosidad de una conducta en relación a un individuo (2003, pp.33-35). De tal forma que la conceptualización del enemigo e individuo, cuyas interacciones se alejan de la expectativa social –derivada del imaginario social– son la base para establecer interacciones, que determinen la expectativa de peligrosidad, maternizándose en la voluntad de vulnerar o no vulnerar un valor o una institución.

---

54 Propiamente fundamentado en una construcción social alejada de toda expectativa social de comportamiento.

55 Título original de la obra de Jakobs que posteriormente sería traducida por Manuel Cancio Meliá como: Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.

56 Ver Fichte (1994), especialmente la segunda parte de su obra: "Fundamentos del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia "misma que se refiere al contrato de ciudadanía. pp.257-272

57 Ver Rousseau (1999) "El Contrato Social" con especial atención al libro segundo, capítulo quinto. pp.31-33.

Finalmente, para Jakobs, la premisa del derecho penal del enemigo existe de la mano de una "legislación de emergencia" por cuanto la criminalización de las conductas permite adelantar la actuación del poder punitivo de forma preventiva permitiendo la penalización del fuero interno del enemigo (Contreras, 2016, p.24) propiciando una suerte de normas penales que funcionan paralelamente a las normas penales aplicables a los ciudadanos.

1.1.2. Estereotipización criminalizante

La determinación jurídica del enemigo realizada desde la norma positiva se fundamenta en la construcción social de lo "extraño" que deriva de las interacciones sociales establecidas como penalmente relevantes. Estas construcciones jurídicas responden al modelo de sociedad, desde las conceptualizaciones primigenias de enemigo como el hostis romano, así como la incorporación de reduccionismos biológicos (Zaffaroni, 2006, p.123) propios de la escuela positivista.

Es así que, las tendencias argumentativas de carácter dominante se han visto influenciadas por la interpretación de las teorías evolucionistas de Charles Darwin, generando una suerte de evolucionismo social[58], con la finalidad de identificar la distinción entre enemigo interno y externo, adoptando una línea de pensamiento determinada por prejuicios y valoraciones subjetivas de carácter moral (Zaffaroni, 2006, p.124). Por lo que, los prejuicios como valoraciones morales contribuyeron a la creación de estereotipos. Para Gestoso, el desarrollo del término estereotipo es el producto del trabajo desarrollado por Lippman en 1992, que adquiere la conceptualización de un producto de la percepción social a través de contenido aprehendido (1993, p.132). Como efecto inmediato el estereotipo responde como una respuesta determinada por un determinado contenido socialmente generado en relación a un individuo asignándole un rol social en función del estereotipo generado (Parsons, 1984, p.48).

A partir de aquello, las relaciones sociales, los estereotipos fungen como imágenes superficiales y simplificadas de los individuos siendo culturalmente determinada por los elementos que la sociedad ha de-

58 Como evolucionismo social las ideas de Darwin serían adoptadas por Spencer. Al respecto véase la obra de Sánchez, H. (2015) Génesis y desarrollo del concepto de evolución.

terminado como ajeno a lo comunitario o lo peligroso a la sociedad. Es decir que el estereotipo funciona con relación a su contenido cultural para verbigracia las distinciones xenófobas del "otro" que se realizan en observancia del extranjero. En consecuencia, el estereotipo como construcción social no distingue entre límites formales, tales como las fronteras; y actúa en dos sentidos, el interno y el externo (Gestoso, 1993, pp. 133-135) no pudieron determinar pautas de comportamiento para los individuos en relación con la estimación de un estereotipo, pues nunca serán similar las valoraciones categóricas del "otro extranjero" si este proviene de un país del primer mundo o de un país africano, andino o árabe. Por ejemplo, en el ámbito ecuatoriano, el tipo de estereotipo interno se ha configurado a partir de estructuras estructuradas estructurantes (Bourdieu, 2007, p.86) de cada región geográfica a través de una conceptualización precaria de sus habitantes, dando como resultado el serrano "bobo", el costeño "mono sabido", estos estereotipos son, socialmente aceptados e institucionalizados por los mismos. Y a efecto de aquello, las construcciones sociales determinadas como estereotipos influyen en el proceso de demoización, invisibilización y de criminalización, por cuanto el poder punitivo selecciona a un grupo específico de individuos para coaccionar (Zaffaroni, 2002, p.7).

En definitiva, este tipo de criminalización secundaria se refuerza con el estereotipo, por cuanto es un reflejo de un proceso selectivo de individuos que son identificados con la imagen dominante de lo criminal. Pues la criminalización primaria establece un catálogo en abstracto sobre las conductas penalmente relevantes haciendo imposible –al menos dentro de un estado de derecho– la selectividad de individuos dentro de este proceso primario (Zaffaroni, 2002, pp.7-8).

1.2. El enemigo en el derecho migratorio

Como bien se ha establecido en párrafos anteriores, las construcciones sociales del enemigo estan ligadas a las formas de organización del Estado. Históricamente cada sociedad ha dado su aproximación del enemigo en función de la realidad social, generando mecanismos de organización y de protección para poder repeler la amenaza que el enemigo/otro representa a su comunidad. Desde los albores de la organización estatal el enemigo ha tenido un rostro constante pero no determinante: el extranjero. Esta categorización ha puesto en tela de duda la protección otorgada por el estado por cuanto el estado en

sí mismo modifica sus estructuras normativas y debilita las garantías normativas (Zaffaroni, 2006, p.23) para "combatir" al enemigo ante la inútil y desconcertada comunidad internacional. La incorporación del enemigo –propio del Derecho Penal– en el Derecho Migratorio se fundamenta en la expansión del poder punitivo latente (Zaffaroni, 2002, pp.19-20) que busca establecer control sobre más instituciones políticas y jurídicas bajo la premisa de seguridad. En este sentido la falsa imagen dominante del estereotipo criminal del extranjero se ve reforzada por argumentos políticos de índole populista que buscan generar soluciones aparentes para problemas complejos, llegando a establecer tratos diferenciados, ignorando la condición intrínseca de persona del individuo (Zaffaroni, 2002, p.153).

Parte de la interiorización del concepto de enemigo en el Derecho Migratorio implica la generación de regímenes excepcionales de tratamiento para los individuos, pues la condición de persona se ve suspendida en caso de ser extranjero permitiendo individualizarlo durante el proceso de criminalización, estableciendo mecanismos punitivos según la conveniencia de la agencia ejecutiva de turno (Zaffaroni, 2002, p.157). Esta aparente individualización del extranjero como enemigo toma elementos de los estereotipos regionales para legitimar su existencia. En este sentido, la lucha contra el terrorismo, la lucha contra el narcotráfico responde a una necesidad política e institucional de mera prevención mediante mecanismos –aparentemente legítimos– que flexibilizan el ordenamiento jurídico a conveniencia, dando paso a irregularidades contra el extranjero por su su sola condición de extranjero. El estereotipo mayoritariamente criminalizado del extranjero no es el que se acomoda al perfil de un "ciudadano" o aquel que comete actos antijurídicos y es catalogado como "enemigo", es aquel extranjero que por su condición de vulnerabilidad es parte de un movimiento migratorio.

En el Ecuador, en el 2018, el proceso de criminalización secundaria del extranjero se vio reforzado por la idea popular que todo migrante es necesariamente pobre y que por ser pobre su condición ontológica de persona es inexistente por cuanto es un criminal[59], esta idea no obedece a lógica argumentativa alguna pues desconoce estatutos jurídicos previos sobre las personas para favorecer el avance del poder punitivo reforzando la percepción de inseguridad sobre el extranjero (Puente, 2018, párr.6).

59 Esta apreciación es de carácter empírico, surge de la percepción xenófoba a partir de actos ilícitos cometidos por extranjeros en el Ecuador.

1.3. Criminalización del migrante: crimigración (El “otro” (migrante) como enemigo del Estado / El migrante como enemigo de la sociedad).

El incremento y tecnificación de actividades criminales en la época contemporánea marcan el inicio de la política estatal en cuanto a: identificación de peligros, nuevos sectores y conductas de criminalización (Cases, 2012; p.2). En ese contexto, la política criminal de los Estados se estructurará a base de la doctrina de la seguridad nacional[60] insertando una de sus nociones básicas, la de contrarrestar la inseguridad y violencia delictiva a partir de la estructuración de un enemigo externo que debe ser eliminado (Márquez, 2013; p.164), y que en el caso analizado, corresponde al “otro” extranjero. En razón de aquello la construcción de este enemigo externo, ha sido personificado en las personas inmigrantes, ya que este fenómeno responde en primer momento a la existencia de una crisis civilizatoria[61] cimentada en la práctica excluyente hacia “otro” (Márquez, 2013; p.172). Por ende, el inmigrante o extranjero en un determinado sistema social es visto como extraño a los valores e intereses colectivos, es la consecuencia inmediata la depuración del flujo migratorio en un determinado colectivo social. Como factor determinante en la construcción del “otro” o “enemigo externo”, en el ámbito de la crisis civilizatoria, esta responde a una estrategia de depuración estatal hacia el extranjero o inmigrante, lo cual se concreta en un discurso discriminatorio y xenofóbico hacia dicho sector (Bravo, 2009; p.140). De esta manera expresiones como: “ilegales”, “sin papeles” o “migrantes irregulares”, son normalizadas para materializar esta política criminal excluyente, creando un régimen diferenciado que se refleja en el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo.

---

60 Esta doctrina se utilizó como una redefinición de la categoría política de los Estados después de la Guerra Fría, la cual fue utilizada para designar a la defensa militar y la seguridad interna como una de las obligaciones principales del Estado con la finalidad de lograr el avance de ideologías socialistas promovidas por la URSS principalmente en países latinoamericanos (Buitrago, 2003; p.75).

61 El término crisis civilizatoria corresponde a la reflexión realizada por el autor en cuanto a la degradación social y la formación de condiciones precarias e inseguras para ciertos sectores de la población. Así estos flujos migratorios buscan satisfacer sus necesidades en la inmigración, sin embargo, el no tener un respaldo documental crea un nuevo nivel economía subterránea donde la construcción del “otro” es la pobreza y la exclusión.

De forma complementaria a lo anteriormente manifestado, este régimen de regulación dicotómico (ciudadanos e inmigrantes), tiene su antecedente en la configuración de normas con una carga nacionalista, como por ejemplo extranjeros o inmigrantes están sometidos a cumplir con un sinnúmero de requisitos para poder ingresar o residir en el país. Así, el Estado determina el aparataje burocrático y normativo bajo el sistema de "sospecha de peligro o potencial amenaza", ya que dichos formalismos responden a la función de prevención en sentido primario de la seguridad nacional (Brandariz y Fernández, 2010; p.274).

Es así que la forma reaccionaria del Estado se encuentra en la securitización de la actividad migratoria irregular. A partir de la instrumentalización de la doctrina de la seguridad nacional como mecanismo de regulación del flujo migratorio y neutralización de actividades criminales trasnacionales (Joao, 2012; p.591). De ahí que, el modelo proteccionista y de sustentabilidad estatal frente al crimen se configura a partir de ciertos niveles de afectación a la seguridad colectiva u orden público, derivando de aquello, la criminalización del fenómeno migratorio, instrumentalizado como herramienta de combate para delitos como el terrorismo, narcotráfico, crimen organizado, etc.

Debido a lo anteriormente mencionado, en cuanto a la evolución y especialización de nuevas formas de criminalidad en la globalización, el inicio de este proceso de securitización se fundamenta en la combinación del modelo estatal trasnpersonalista con el cambio de paradigma de la política criminal (Valencia, 2007; p.173). Puesto que dicha trasformación resulta de la premisa siguiente: la afectación a ciertos bienes jurídicos no es la misma, existen cierto tipo de delitos que causan más impacto al conglomerado social, por lo que la lógica estatal es combatir este fenómeno de forma proporcional al daño (Paiva, 2009; pp.6-7).

De lo dicho, este tipo de identificación y señalamiento del enemigo se enfoca al objetivo de proteger esos bienes jurídicos supraindividuales; y como plus, la actividad gubernamental cumpliría con su obligación de brindar un ambiente seguro a sus habitantes; a la par de generar un escenario libre de violencia y conflicto para el ejercicio de derechos y libertades fundamentales (Frankenberg, 2014; p.156). Entonces, como resultado de aquello, la habilitación del derecho penal del enemigo combinado con el método proteccionista derivado de la seguridad nacional, maximiza el estereotipo de peligrosidad intensificando la exclusión de ciertos grupos, siendo el caso de los inmigrantes

ya que estos personifican la amenaza hacia la seguridad nacional y el orden público (Cancio Melia y Sánchez, 2006; p.67).

Una vez especificado el escenario de la política securitista que ha sido adoptada por la mayoría de Estados, en cuanto a la intervención del derecho penal como mecanismo de gestión de riesgos e identificación de posibles peligros para la seguridad nacional (Vite, 2013; p.100). Cabe destacar la antesala que explica la razón por la cual la política criminal estatal ha identificado a este enemigo externo en la inmigración.

En inicio este cambio de paradigma y la inclusión de la seguridad nacional como bien jurídico supraindividual, se basa en la verificación de la afectación a los elementos de dicho bien por parte de este nuevo enemigo externo el cual amenaza a la subsistencia del contrato social y su armonía (Suárez, 2012; p.112). De esa manera la activación de la criminalización de la migración, se debe en primer lugar, a la detección de una amenaza ya sea externa o interna que afecte a la institucionalidad estatal y los intereses nacionales compartidos por sus ciudadanos (Sagastegui, 2015; p.133).

Otro de los elementos en la afectación a este bien jurídico protegido se refiere a los intereses nacionales, los cuales son el reflejo de los valores de un determinado Estado (Sagastegui, 2015; p.133). Así estos manifiestan la ideología y propósitos uniformes que comparten cada uno de sus habitantes. En razón de aquello el migrante se consolida como enemigo del Estado y de la sociedad cuando se exterioriza como un agente externo que amenaza a dichos interés y a la política nacional formada (Herrera-Lasso y Artola, 2011; pp.20-21). Por consiguiente, la reacción defensiva del Estado es el de devolver el orden estatal a través de sanciones en materia de movilidad humana, es así que se aplican medidas como la deportación o la expulsión. Ya que si estos agentes de amenaza externa, se manifiestan como un desafío al sistema gubernamental y al ordenamiento jurídico, inmediatamente se convierte en una amenaza para los cimientos del Estado y el contrato social (Paz-Mahecha, 2010; p.310). En conclusión, el ordenamiento normativo adopta un rol de salvaguardar este conjunto de intereses nacionales, enmarcando la enemistad estatal al nivel de una norma positiva y así legitima la criminalización de la migración y la relaciona directamente con la delincuencia e inseguridad (Vélez, 2008; p.95).

Esta noción de justificación defensiva del Estado a partir del ordenamiento normativo, ha dado paso a que los inmigrantes sean detec-

tados como fuentes de peligro; y a su vez, como individuos que no encajan y desafían a las expectativas y valores sociales recogidos. Por lo que su trato excluyente y criminalización adopta lo esgrimido por el catedrático Miguel Polaino Navarrete (2006) en lo relativo al Derecho penal del Enemigo, refiriéndose a lo siguiente:

La norma tiene un rol de indicador social, de expectativas sociales y por lo tanto un conglomerado de garantías a cargo del Estado. La norma entonces cumple, desde una perspectiva comunicacional los siguientes roles:

a. Institucionalización de las expectativas sociales: la norma manifiesta por sí misma las expectativas de determinada sociedad, ya que, autónomamente, la expresión legislativa de la voluntad del soberano en cuanto a la forma de regulación que permitirán, en un determinado contexto y realidad alcanzar la armonía social.

b. Orientación de conductas: la norma orienta y encamina al ciudadano por donde esta desea, con el fin de que sigan sus patrones y lineamientos, actitud que es la única que garantiza que se cumplan las expectativas sociales (p.2).

A causa de ello, la forma de defensa del Estado se basa en la comunicabilidad de las normas como ente que determina y guía a la conducta, para que a partir de dicha orientación se conformen las expectativas y valores sociales que posibilitan la subsistencia pacífica del contrato social (Jakobs,1997; pp.298-299. Por tal razón si un enemigo o agente externo, rechaza estas expectativas sociales y además de aquello se consolida como una fuente de peligro para la seguridad nacional, necesariamente acarrea una consecuencia jurídica, que para el caso es la pena (Rodríguez, 2014; p.146).

A partir de este factor de desafío de las exceptivas sociales, en cuanto identificación de fuentes de peligro para la seguridad nacional, el proceso de securitización de la inmigración facilita esta política reactiva del Estado. Pues el inmigrante consolida la imagen colectiva de amenaza a la identidad y la armonía social, reforzando la percepción de inseguridad subjetiva de los ciudadanos, así Bauman (2005) se refiere al estereotipo de la amenaza y el señalamiento de enemigos sociales bajo el siguiente esquema:

> La incertidumbre que permea nuestro presente, en particular la falta de seguridad en todos los niveles, cambia nuestro modo de vida, e influye sobre nuestra disponibilidad –o reticencia- a interactuar con seres humanos con socializaciones diferentes, que hasta hace poco no podían viajar con tanta facilidad y no eran percibidos como una amenaza para la sociedad (p.8)

Es así que, la configuración de peligrosidad en la población migrante en situación irregular, inmediatamente los convierte en individuos que irrumpen el orden establecido y rechazan las expectativas sociales construidas. Y demás de ello, al constituirse como una institución de peligro y riesgo ya no son parte de la sociedad y por tanto deben ser excluidos -si no eliminados- para restaurar la vigencia de la norma y el pacto social en sí (Jakobs,1996; p.192). A efecto de lo anteriormente manifestado la crimigración encuentra su génesis al consolidarse como un fenómeno minimizado en lo siguiente:

La crimigración ha conducido a la criminalización de conductas bajo el pretexto de evitar los posibles atentados terroristas y ha generado más de una confusión, entre: entrada/estancia ilegal/irregular y comisión de delitos (Joao, 2012; p.597).

Con lo analizado anteriormente este fenómeno criminalizador de la migración se desarrolla en dos niveles:

Primero, la determinación del "o "enemigo a nivel social, a causa de la oposición a los intereses y valores nacionales recogidos en el conglomerado, dando lugar a que se identifique un trato excluyente y discriminaría aquellos individuos que no manifiestan una garantía de adaptación al orden normativo del Estado al que han emigrado.

En segundo lugar, se evidencia la enemistad y peligrosidad de los inmigrantes a nivel estatal al exteriorizarse estos como elementos desestabilizadores del pacto social en cuanto a la afectación del bien jurídico supraindividual, la seguridad nacional u el orden público. Por lo que, al concretar este factor de amenaza hacia la institucionalidad estatal, necesariamente la política criminal debe reaccionar de manera más drástica con este sector. Y como resultado de aquello se obtiene un proceso de securitización en la migración irregular categorizando a estas personas como individuos directamente asociados actividades delictivas y que representa un peligro para el orden y la paz pública.

En este orden ideas la relación de la doctrina de la seguridad nacional y la expansión del derecho penal en protección de bienes jurídicos supraindividuales como el orden público (Zamora, 2006; p.132), resulta en un proceso de securitización de la movilidad humana. Es por eso que se adoptan técnicas estatales restrictivas en la inmigración, retrocediendo al fenómeno securitario adoptado por EE. UU después del atentado a las torres gemelas sucedido el 11 de septiembre de 2001, el cual evidentemente engloba esta relación de la migración de grupos religiosos -en el caso del islam- con la delincuencia y el terrorismo (Campederrich, 2007; pp.50-52).

Es así que la excesiva política proteccionista y de "lucha contra el terrorismo" materializado de manera integral en la técnica del p*rofiling crime*[62], vigila a cada uno de los habitantes y además crea un espectro de control y sistema de sospecha ante potenciales terroristas o amenazas (Pérez, 2013; p.296). Todo esto fue posible a través de la implementación del cuerpo normativo conocido como *Patriot Act*[63], la cual se refleja como una aplicación arbitraria e ilegítima del sistema punitivo, incluso llegando a suprimir garantías y libertades básicas, solo por el hecho de personificarse como un "peligro" por cuestiones ideológicas, religión, condición social y situación irregular en el caso de la movilidad humana (Palomo, 2016, p.945).

Desde entonces, la identificación de fuentes de peligro en primera instancia se caracteriza por la detección de personas extranjeras o inmigrantes residiendo en un país, para luego pasar al segundo nivel: la categorización a partir de su situación de movilidad humana. En ese contexto aquellas personas que se encuentran en el país con un pasaporte y de forma posterior han retornado, que es el caso de los turistas, no se insertan en este régimen de sospecha, ya que estos eventualmente regresan a su país de origen (Joao, 2012; p.597). La controversia

---

62 Término en inglés utilizado para construir perfiles de posibles criminales o delincuentes en base a ciertos patrones de conducta con la finalidad de consolidar un sistema de sospecha que convierta al sujeto determinado en un peligro potencial para la seguridad nacional. Esta técnica fue utilizada por el FBI después del atentado a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001.

63 Es una ley que confiere poderes amplios e inusuales en un régimen de emergencia y amenaza a la seguridad nacional, a través de poderes ejecutivos a estructuras operativas de control y a los servicios de intelligence. En un inicio se promulgó como una ley especial para el tratamiento del terrorismo, pero en realidad el documento ofrece una gama de posibilidades en el ámbito penal (Varvaele, 2007; p.12).

se da al momento en que existe el fenómeno de migración forzada, trayendo olas migratorias que tuvieron que abandonar su país de origen por cuestiones económicas, conflictos armados o golpes de Estado, así estas personas que han dejado su patria, adquieren en el país receptor la categoría de inmigrantes ilegales o irregulares (Joao, 2012; p.599).

Si a esta situación de ilegalidad, se le suma el factor pobreza de las personas que se encuentran en estas olas migratorias, como en el caso de América Latina; y específicamernte el caso venezolano, la reacción estatal de defensa a la seguridad nacional es palpable al momento de tener una cultura de *enforcement law* en materia de movilidad humana, visibilizada en el reforzamiento de los requisitos de entrada y residencia del país (Domenech, 2015; p.192). La causa principal de esta tendencia es la asociación de inmigración con la delincuencia, y por tanto el ordenamiento jurídico se convierte en un arma de fichaje de sospechosos e individuos peligrosos con el objetivo final de aplicar un sistema punitivo de tipo simbólico y populista que se presenta como panacea de la inseguridad y la violencia.

1.4. Populismo Penal en el sistema jurídico ecuatoriano

Una vez establecidos los mecanismos formales –que la sociedad establece para la protección de valores e instituciones– estos se reflejan en la construcción de cuerpos normativos que por su naturaleza positiva son aplicables dentro del contexto de control y prevención. Estas normas tienen la función de regular el marco de interacciones sociales dentro del plano intersubjetivo de la realidad social y contribuir con el proceso dialéctico de civilización al cual nos vemos sometidos como individuos.

Dentro de estos mecanismos jurídicos, el Derecho Penal surge como un mecanismo de ultima ratio para garantizar la vida en sociedad estableciendo conductas y comportamientos susceptibles de sanción dentro de un catálogo rígido de normas positivas, que ven su origen –al menos ideológico– dentro de la dogmática penal.

Así mismo, encontramos normas jurídicas con origen fundamentado en argumentos de índole política que se formulan como una aparente respuesta sistematizada a un problema social de relevancia temporal en un contexto político determinado generando una expansión del fenómeno punitivo dentro de la sociedad.

En este sentido, para Rodríguez este conjunto de normas jurídicas se constituye como un placebo social cuya finalidad es brindar la sensación de seguridad a la sociedad son aplicados de forma demostrativa (2013, p.63). Esta determinación normativa de índole política ha sido denominada como Derecho Penal Simbólico por la doctrina. Para el criminólogo Baratta se define como una aparente sensación de seguridad en el ordenamiento jurídico obviando a la realidad social en si misma (1991, p.53).

Si bien este tipo de normas jurídicas se fundamenta –primordialmente– en argumentos políticos, comparten la instrumentalidad formal de la norma positiva penal. Es decir que tiene la misma estructura normativa y fuerza coercitiva que las normas penales jurídicamente construidas.

Es así que, el problema generado por el Derecho Penal Simbólico radica en que la solución brindada a un injusto penalmente relevante, es aparentemente eficaz por cuanto se muestra como una figura "solida" en la lucha contra la delincuencia y el fenómeno delictivo (Cesano, 2004, p.25). Entonces, a nivel dogmático, como una respuesta a la necesidad punitiva de la sociedad se formula a partir de la premisa punitiva determinada por el conjunto de prerrogativas morales del conglomerado social (Gloeckner y Ramos, 2017, p.253).

En este orden de ideas, la implementación de un argumento político dentro de la construcción normativa de índole penal, representa una expansión del poder punitivo por cuanto el ejercicio de criminalización primaria responde a un interés político determinado eliminando la naturaleza abstracta de este proceso.

Por tal razón, en el Ecuador, la expansión del poder punitivo y la presencia del Derecho Penal Simbólico, han llegado a determinar nuevos enemigos en el contexto social, trascendiendo la barrera impuesta por la norma positiva de carácter penal hacia la norma positiva migratoria. En este sentido el imaginario establecido de la criminalidad extranjera refuerza el estereotipo criminalizador del extranjero mediante la imposición de ideologías fundadas en el miedo (Gloeckner y Ramos, 2017, p.254), las cuales son reafirmadas por los medios de comunicación.

Este modelo discursivo criminalizador –de origen político– se refuerza estructuralmente por la acogida de discursos securitistas heterogéneos que limitan los derechos establecidos en el marco constitucional de derechos por cuanto se reducen condiciones jurídicas

inherentes de las personas extranjeras bajo el aparente discurso de seguridad propio de política criminal previamente establecida.

Bajo esta lógica, los modelos discursivos que permiten la expansión del Derecho Penal se constituyen en una realidad política que se articula a si misma mediante el enemigo (Gloeckner y Ramos, 2017, p.276) como elemento cohesionador del fundamento jurídico y el fundamento político de las normas penales puramente simbólicas

Para finalizar, esta incoherencia estructural del sistema penal ecuatoriano, permite establecer puntos de quiebre entre el Estado de Derecho y el Derecho Penal puesto que la ampliación del poder punitivo a ámbitos no penales implica un detrimento de derechos a los ciudadanos y de los extranjeros generando controversia tanto en el ámbito nacional como internacional[64].

1.4.1. Lawfare en el sistema penal ecuatoriano: Migración venezolana a Ecuador

Las relaciones de la delincuencia con la inmigración a causa de las nuevas formas de criminalidad han generado un ambiente de inseguridad y violencia, las cuales se han establecido como una forma de alarma colectiva. Por tal razón el mecanismo reaccionario del Estado ante esta perspectiva colectiva de inseguridad corresponde a la formación de una legislación de emergencia para aplacar la demanda social y así crear una imagen de orden y seguridad (Diez, 2005; p.7).

64 Con el contexto de la sociedad de riesgo desarrollado en líneas anteriores, se evidencia una suerte de expansión del Derecho Penal, el cual pasa a intervenir en nuevos ámbitos de protección, dejando de lado esta aplicación de última ratio y pasando a ser un derecho penal de gestión de riesgos y minización de peligros futuros (Silva, 2001; pp.95-97). A ejemplo de esta intervención en en el ordenamiento juridico ecuatoriano referente a libre movilidad humana el Derecho Penal actua como un instrumento de fichaje para las personas extranjeras, tal como se evidencia el art. 61 del Codigo Orgánico Integral Penal, ya que este prohibe de manera expresa el retorno al territorio por un lapso de diez años de una persona que ha cumplido una pena en el Estado Ecuatoriano; de modo que la natureleza de esta norma actúa en doble vía primero la expulsión del territorio y luego la prohibición de retorno al mismo con la finalidad de minimizar el riesgo de una potencial amenza en el sujeto infractor.

En razón de aquello, la respuesta del Estado ha sido la criminalización, en este caso de la ola migratoria venezolana, la cual se ha insertado en el país como uno de los flujos migratorios más grandes a nivel de Latinoamérica (Picq, 2017; p.120). Al ser este un grupo poblacional migratorio vulnerable, ya que estas personas han salido de su país de origen por cuestiones de inestabilidad política y económica, consolidando su estancia en el país receptor muchas veces en calidad de refugiados (Centro de Derechos Humanos PUCE , 2018; p.4). Entonces al adquirir dicho estatus jurídico, los Estados receptores tiene la obligación de crear condiciones de acogimiento, acceso (territorial y servicios básicos), acompañamiento y registro. Todo esto con base en lo establecido en la nota de orientación sobre el flujo de venezolanos emitida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2018) en cuanto a la inclusión de estándares mínimos que deberían garantizarse a nivel comunitario:

a) Legalidad: los requisitos y los procedimientos para la aplicación de estos mecanismos deberían definirse y articularse bajo la legislación nacional. El ACNUR insta a los Estados a garantizar que las personas que se beneficien de estos mecanismos se les expida un documento oficial reconocido por todas las autoridades gubernamentales.

b) Accesibilidad: los mecanismos pertinentes deberían ser accesibles a todos los venezolanos, independientemente de la fecha de entrada al país de acogida. Esto significaría que no debería haber costos asociados con la solicitud de este mecanismo o solo costos mínimos, y que estas solicitudes se deberían aceptar en varios lugares del territorio para garantizar que los costos de transporte no sean prohibitivos. Además, ni la entrada/presencia irregular ni la falta de documentos de identidad serían vistos como una razón válida para denegar el acceso a dicho mecanismo.

c) Acceso a los derechos básicos: los mecanismos basados en la protección también podrían garantizar el acceso a los servicios básicos y a los derechos fundamentales, en igualdad de condiciones con otros ciudadanos extranjeros que son residentes legales en el territorio del Estado, de conformidad con las Directrices del ACNUR sobre protección temporal o acuerdos de estancia. Estos derechos incluyen: 1) acceso a la atención médica; 2) acceso a la educación; 3) unidad familiar; 4) libertad de circulación; 5) acceso a albergue, y 6) el derecho al trabajo. Estos derechos se garantizarían de manera igualitaria y no discriminatoria.

d) Garantías de no retorno: en vista de la situación actual en Venezuela, el ACNUR hace un llamamiento a los Estados para que les garanticen a las personas beneficiarias de estas formas complementarias de protección, protección temporal o acuerdos de estancia, visados o mecanismos migratorios laborales que no sean deportados, expulsados, o de cualquiera otra manera forzados a retornar a Venezuela, de acuerdo (2-3).

De ahí que, el Estado ecuatoriano al abrir sus fronteras a la mayoría de inmigrantes venezolanos aparentemente ha cumplido con lo establecido en este instrumento internacional además de Estatuto de New York de 1967 sobre Refugiados, acatando los compromisos internacionales de acceso y acogimiento. Sin embargo, ha descuidado una de las aristas de este compromiso internacional, que es el acceso a derechos básicos en lo referente a la protección y optimización de derechos fundamentales como la igualdad de condiciones incluso en su condición de extranjero.

Una vez contextualizado el estatus jurídico y las garantías de los migrantes venezolanos en calidad de refugiados, el Ecuador ha adoptado estos estándares internacionales incluso en su normativa interna. Pero a raíz de la maximización de población inmigrante irregular y sin ocupación laboral estable, la lógica estatal en materia migratoria ha sido la de asociar dicha desocupación y situación irregular con la posible comisión de delitos o su vez con la transferencia de actividades delictivas a un territorio en particular, en este caso el Ecuador. Este hecho produce la crimigración en total contradicción con las garantías y derechos fundamentales de los inmigrantes.

La suma de factores como: desocupación, situación de migración irregular y un sistema económico precario por parte del país receptor, dan lugar a que se cree una estructuración de tratamiento excluyente a la población migratoria, en la cual estas personas son el foco principal de la sospecha de cometimiento de delitos y la causa de la falta del empleo en el Estado receptor.

En ese sentido se evidencia el primer peldaño de este proceso securitario en cuanto a la activación de la alarma social, al momento en que el colectivo poblacional señala al extranjero como principal causa de problemas sociales como desempleo e incremento de la delincuencia. Por tanto, la demanda social hacia la estructura gubernamental para solucionar este problema de inseguridad desemboca en la utilización de la doctrina jurídica del Lawafare, la cual consiste en la utiliza-

ción del Derecho como herramienta o como un elemento más del que las fuerzas de coacción estatales generalmente las fuerzas armadas y fuerza pública, para la consecución de objetivos particulares (Suberviola, 2017; pp.190-191); en este caso, la eliminación de la violencia e inseguridad acarreada por la ola migratoria venezolana.

Como se puede apreciar esta doctrina generalmente tiene una connotación negativa ya que busca interponer demandas sociales que pretenden "solucionar" problemas a corto plazo (Suberviola, 2017;92). Así el gobierno ecuatoriano ha desafiado a estos compromisos internacionales al utilizar este mecanismo de Lawfare como una respuesta simbólica hacia el problema de inseguridad e incremento de actividad delictual en los últimos años (Tracthtman, 2016; p.262).

En ese contexto lo que se pretende es buscar nuevos sectores que funcionan como "chivo expiatorio" en el creciente fenómeno de inseguridad, por medio de dicha legislación de emergencia. Es así como se legitima la intervención de un Derecho Penal como herramienta para la gestión de riesgos y la adopción de una técnica de combate contra los migrantes que representan un problema gradual para la seguridad nacional (Sanchéz, 2001, 128).

De tal forma que, con lo anteriormente mencionado, el Lawfare ha facilitado la difusión de una ideología de la exclusión y la discriminación, con la aceptación de un discurso securitario del bien común. Es decir, un discurso propagandista en la eliminación de este potencial peligro (inmigrantes venezolanos) que posibilitará el alcance de una sociedad más segura y libre de delincuencia. Bajo esta lógica de preservación de la seguridad nacional la idea un sector político es vista como lo políticamente aceptado y correcto dentro de un Estado de Derecho cuando es todo lo contrario, ya que justifica un régimen arbitrario de manipulación legislativa.

Un claro ejemplo de aquello, es el caso venezolano y las relaciones internacionales de Ecuador con el mismo, que han materializado dicho fenómeno al momento en que instituciones facultadas para regular el tema de movilidad humana y la recepción de refugiados en el país, como lo son: el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el departamento de Migración y la Cancillería, han adoptado un funcionamiento de manipulación del ordenamiento jurídico con una clara omisión a los estándares internacionales acordados e incluso la normativa constitucional. Esto se refleja en la política pú-

blica en la que se hizo obligatorio la presentación del pasaporte por parte de los venezolanos para ingresar al Estado ecuatoriano y la cual fue ratificada por el Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, mediante acuerdo ministerial No.000242 de 16 de agosto de 2018 en la que se acordó establecer como requisito previo al ingreso del territorio ecuatoriano la presentación del pasaporte.

Es así que, en este caso en particular, se presenta una clara vulneración a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, además de la directa inobservancia del derecho a migrar establecido en el art. 40 de la Constitución. De modo que, al exigir este requisito de presentación de pasaporte en la frontera, manifiesta la institucionalización de la política excluyente y discriminatoria al considerar a las personas inmigrantes como ilegales por su condición migratoria (Constitución de la República del Ecuador, 2008; art.40).

Además de lo mencionado, otra muestra de esta manipulación normativa se evidencia en la omisión de lo estipulado en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que en su art. 84 dictamina que para el ingreso y salida del territorio nacional los ciudadanos de la región sudamericana pueden ingresar y circular en el territorio ecuatoriano presentando solamente su documento de identificación nacional (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017; art. 84).

Por todo lo expuesto, es posible identificar una política migratoria contraria al marco constitucional vigente, a través de el discurso securitario y proteccionista de la seguridad nacional con atención al resguardo de fronteras y la restricción a la libre movilidad humana como derecho fundamental. Así, se habilita la construcción de un discurso simbólico neopunitivista que legitima actuación del gobierno ecuatoriano al manejar riesgos y posibles actividades delictivas mediante la limitación y vulneración en el derecho a migrar, en pocas palabras establecer un régimen diferenciado a estas personas por el simple hecho de su condición de inmigrantes; y por ende, fuentes potenciales de peligro.

2. CONCLUSIONES

La sociedad de riesgo es producto del elemento del aprovechamiento por parte de nuevas formas de criminalidad sobre las herramientas facilitadoras de la globalización: como supresión de fronteras, intercambio comercial a nivel mundial y movilización de ideologías y cultura en la aldea global. Creando una situación de inseguridad insostenible e incontrolable en el sistema Estatal.

La reacción estatal en el desarrollo de la política criminal a partir de la sociedad de riesgo se enfoca a la creación de condiciones que permitan neutralizar nuevos fenómenos criminales como objetivo para la optimización de la seguridad ciudadana y el ejercicio de libertades individuales, incluso si aquello significa criminalizar ciertos sectores y conductas bajo el discurso de preservación estatal.

La construcción de valores, intereses y expectativas sociales aceptadas por todo el conglomerado social se postivizan mediante el ordenamiento jurídico, y al adquirir la fuerza normativa en una institución jurídica, categorizan lo socialmente aceptado y la determinación del "otro" o enemigo en el contrato social.

El enemigo es resultado de este imaginario social que deriva del rechazo hacia estos valores y expectativas sociales, y por tanto el estereotipo de fuente potencial de peligro se legitima al momento en que el ordenamiento jurídico lo identifica como tal a través de un tratamiento punitivo diferente.

La esteriotipización criminalizante resulta de un proceso derivado de la criminalización secundaria, ya que refuerza la selectividad de individuos potencialmente peligrosos, no por las acciones delictivas que puedan llegar a materializar, sino más bien por la capacidad lesiva simbólica hacia el contrato social.

La manifestación de este enemigo en el derecho, específicamente en el derecho penal y migratorio, resulta de la categorización de las personas inmigrantes como amenaza por el hecho de ser extranjeros, siendo un peligro para seguridad nacional. Así la expansión del derecho penal en la sociedad de riesgo flexibiliza y admite un régimen penal diferenciado entre ciudadanos y extranjeros.

La criminalización de la migración resulta de un proceso de securitización que pretende controlar el flujo migratorio activando una política excluyente hacia los inmigrantes como principal causa en el aumento del crimen, violencia e inseguridad, en especial en los flujos masivos como en el caso venezolano.

La crimigración habilitó la categorización de la migración irregular o migración forzada como una fuente de peligrosidad potencial, al contextualizar a este fenómeno como un factor de desestabilización, desafío y rechazo hacia el contrato social; por ende, los inmigrantes (otros) son considerados como enemigos que deben ser excluidos del sistema social.

La selectividad de criminalización enfocada a los inmigrantes -en en caso de venezolanos- responde a la habilitación del Derecho Penal Simbólico como una respuesta aparentemente eficaz ante nuevas formas de criminalidad y la demanda social de la población en la implementación de políticas de seguridad y eliminación de la delincuencia.

La convergencia entre crimigración y la protección de la seguridad nacional en grado de preservación estatal es posible a través de la utilización de la norma como medio de combate (Lawfare). Con la finalidad de concretar este placebo social de seguridad mediante la utilización del Derecho como mecanismo directo en la eliminación de la fuente de amenaza como en el caso particular analizado de la población venezolana.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aponte, A. (2006). Derecho penal del enemigo vc. Derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad. En M. C.-J. Díez, *Derecho penal del enemigo: el discuro penal de la exlusión*. Madrid: Marcial Pons.

Beck, U. (1998). *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paideos Ibérica .

Bourdieu, P. (2007). *El sentido práctico*, trad. Ariel Dilon, Buenos Aires, Argentina: Siglo

Cancio Melia, M., y Sanchéz, J. S. (2006). *Delitos de Organización*. Buenos Aires : B de F .XXI.

Cepeda, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno.* Madrid: Iustel.

Cesano, D. (2004). *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo).* Córdoba, Argentina: Editorial Mediterránea.

Frankenberg, G. (2014). *Técnica Estatal: perspectivas del Estado Derecho y el Estado de excepción* . Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

Fichte, J. (1994). *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia.* Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

García, J. Á., y Bessa, C. F. (2010). La construcción de los migrentes como categoría de riesgo para el sistema penal Español. En C. M. Casabona, Criminalización racista de los migrantes en Europa Granada: Comares.

Gestoso, J. (1993). *Los estereotipos sociales: el proceso de perpetuación a través de la memoria selectiva.* (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.

Jakobs, G. (2006). Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En Meliá, C. (2006). *Derecho penal del enemigo.* Madrid, España: Thomson Civitas.

Mendoza, B.B, (2001). *El derecho penal en la sociedad de riesgo.* Madrid: Civitas .

Parsons, T. (1984). El sistema social. Madrid, España: Alianza Editorial. Polaino- Orts, M. (2009). *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y limites de vigencia*. Barcelona : Boch.

Rodríguez Moreno, F. (2013). *La expansión del derecho penal simbólico.* Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.

Silva Sánchez, J. M. (2001). L*a expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas

Varvaele, J. (2007). *La legislación antiterrorista en Estados Unidos*. Buenos Aires : Editores del Puerto.

Zaffaroni, E. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. (tomo I). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Artículo de Revista

Baratta, A. (1991). *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Pena y Estado: (función simbólica de la pena)*, (1).

Castoriadis, C. (2007). *La institución imaginaria de la sociedad*. (No. 316.354). Tusquets.

Contreras, G. P. (2016). Bases teóricas del "nuevo" derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del "enemigo". *Revista Ius* (México), 1(19).

Cordero, M. Z. (2006). La doctrina de la seguridad nacional y su impacto en el derecho penal latinoamericano. *Cenipec*.

Guia, M. J. (2012). Crimigración securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal. Ius Gentium Conimbrigae- *Repositorio Institucional Universidad de Coruña*.

Isaza, A. G. (1966). Personalismo y Transpersonalismo del Estado . *Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana*.

Artículo con DOI

Cabello, A. M., y Ruiz, J. H. (2005-2006). La sociedad del riesgo y la necesidad moderna de seguridad. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales,* 27-40. doi:10.20932

Gloeckner, R., y Ramos, M. (2017). El sentido del populismo penal: Un análisis más allá de la condena ética. [Traducido al español de: Los

sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética]. DELICTAE: *Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito,* 2(3), 248. doi:10.24861/2526-5180.v2i3.39

López, J. M. (2012). *Apectos dogmáticos y político-criminales en el tratamiento penal de la delincuencia organizada. Anales de Derecho,* 90-117. doi:10.6018

Sánchez Morales, H. (2016). Génesis y desarrollo del concepto de evolución. Pensamiento. *Revista de Investigación e Información Filosófica,* 71(269 S. Esp), 1119-1140. doi: 10.14422/pen. v71.i269.y2015.004

En línea

Acevedo, G. B. (2009). *Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización. Diálogo Andino,* 139-149. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/pdf/rda/n48/art13.pdf

Aller, G. (2010). *La sociedad del riesgo* . Obtenido de Biblioteca digital de la Universidad de la República de Uruguay : https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/sociedad-del-riesgo_aller.pdf

Bravo, R. C. (2007). *La cabeza de Jano El derecho de excepcion norteamericano en el primer mandato de George H. W. Bush*. Mientras Tanto, 49-68. Obtenido de http://www.jstor.org/stable/27821226

Buitrago, F. L. (2003). La doctrina de seguirdad nacional: Materialización de la guerra fria en América del sur. *Revista de Estudios Sociales,* 74-87. Obtenido de http://www.redalyc.org/html/815/81501506/

Carrasco, E. J. (2017). El concepto de "Expancsión" del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de "Inflación" penal . Obtenido de *Revista Estudios penales y criminológicos de la Universidad Santigao de Compostela* : http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3059/4175

Cases, M. G. (2012). *Grupo de investigación en gobierno, admnistración y políticas públicas*. Obtenido de Crimen organizado transnacional y seguridad: la política criminal como compromiso internacional: http://www.gigapp.org/administrator/components/com_jresearch/files/publications/083%20GARCIA-CASES.pdf

Centro de Derechos Humanos PUCE (2018). *Observatorio de Justicia Constitucional UASB Ecuador*. Obtenido de Amicus Curiae : http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434658/Amicus+PUCE+y+-defensores+de+derechos+humanos/b079123b-3a05-4fb9-88c4-656190db07ab

Chabat, J. (2011). *El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales* . Obtenido de Revista digital ISTOR : http://www.istor.cide.edu/archivos/num_42/dossier1.pdf

Correa, C. P. (2013). Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología,* 287-311. Obtenido de http://www.jstor.org/stable/43495657

Covarrubias, H. M. (2013). *El redoble de la migración forzada: Inseguridad, criminalización y destierro.* Red Internacional de Migración y Desarrollo, 159-175. Obtenido de http://www.redalyc.org/pdf/660/66029968007.pdf

Cruz, F. Y. (2015). *E- archivo repositorio Institucional de la Universidad Carlos III de Madrid*. Obtenido de La seguridad nacional en el Estado constitucional de Derecho: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22515/freddy_sagastegui_tesis.pdf

Domenech, E. (2015). Inmigración, anarquismo y deportación: La criminalización de los extranjeros “indeseables” en tiempos de las “ grandes migraciones”. *Revista interdisciplinaria de movilidad humana,* 169-196. Obtenido de http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852015000200169&script=sci_abstract&tlng=es

Garrido, A. P. (2016). *La lucha antiterrorista y el nuevo sistema de seguridad internacional tras el 11 de septiembre: ¿Una consecuencia lógica?* Foro Internacional, 941-976. Obtenido de http://www.jstor.org/stable/44112639

Laguia, I. M., y Pascual, B. C. (2009). Políticas de seguridad,control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario. *Eguzkilore*, 159-173. Obtenido de https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/14-Munagorri.indd.pdf

Lasso, L. H., y Artola, J. B. (2011). *CASEDE*. Obtenido de Migración y seguridad: dilemas e interrogantes: https://www.casede.org/PublicacionesCasede/MigracionySeguridad/cap1.pdf

Mahecha, G. R. (2010). *¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia? Papel Político*, 309-323. Obtenido de http://www.redalyc.org/pdf/777/77719013012.pdf

Mesa, D. E. (2007). *Derecho penal de enemigos. Una mirada al derecho y a la guerra. Estudios de Derecho,* 172-180. Obtenido de http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2530

Paiva, E. A. (2009). Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. Obtenido de Université de Fribourg: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf

Pérez, M. Á. (2013). *La Criminaliación de la inmigración*. Obtenido de: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5425959.pdf

Picq, M. L. (2017). *De la academia alas rejas: detención y criminalización en Ecuador.* Ecuador Debate 101, 109-121. Obtenido de http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/13628/1/REXTN-ED101-09-Lavinas.pdf

Prittwitz, C. (2016). *Sociedad del riesgo y Derecho Penal* . Obtenido de Ciencias penales : http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf

Ripollés, J. L. (2005). *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado* . Obtenido de Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología : http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf

Rodríguez, L. A. (2008). La lucha contra el Crimen organizado como dilema para el Estado de Derecho. Aproximación a una alternativa. *Revista Jurídicas,* 89-108. Obtenido de http://www.redalyc.org/pdf/1290/129012573006.pdf

Rousseau, J. (1999). *El Contrato Social o principios de Derecho Político.* Recuperado de: http://www. enxarxa. com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato% 20Social. pdf.

Suberviola, J. R. (2017). *Acadamia edu*. Obtenido de Lawfare . El uso del Derecho como arma : https://www.academia.edu/35003666/Lawfare._El_uso_del_derecho_como_arma

Tracthtman, J. (2016). *Integrating Lawfare and Warfare*. Boston College International and Comparative Law Review, 267-282. Obtenido de https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1768&context=iclr

Legislación nacional

Asamblea Nacional del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008), Registro Oficial Nro. 449.

Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de Movilidad Humana. (6 de febrero de 2017), suplemento del Registro Oficial Nro. 938.

Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal (3 de febrero de 2014), suplemento del Registro Oficial Nro.462.

Artículos de prensa

Puente, D. (2018). Defensora del Pueblo califica de xenófobo vincular la presencia de extranjeros con la inseguridad. *El Comercio*. Recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/defensoradel-pueblo-xenofobia-extranjeros-inseguridad-ecuador.html.

Recibido: 15 de septiembre de 2018

Aceptado: 24 de noviembre de 2018

Dr. Alex Valle Franco, PhD: Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales. Doctor en Derecho (PhD, 2016) por la Universidad de Bremen (Exzellenz Universität) Alemania, Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y profesor titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito- Ecuador

Correo electrónico: alex.valle@iaen.edu.ec.

Felipe Rodríguez Estévez : Investigador jurídico independiente

Correo electrónico: feliperod1694@gmail.com

Rosa Bolaños Arellano: Investigador jurídico independiente

Correo electrónico: rosiandre0795@gmail.com

La factura comercial y su proceso de cobro en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

The commercial invoice and its collection process in the Ecuadorian legal regime

Ab. Robert Friend Macías, Mgtr. (Autor corresponsal)
Docente titular UEES

Ab. Emilia Arteta Acosta
Investigadora del Estudio Jurídico Bustamante & Bustamante

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 227-244, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la presente investigación tiene como objetivo analizar el proceso legal de cobro de las facturas comerciales a través del método analítico descriptivo utilizado para estudiar el artículo 201 del Código de Comercio en concordancia con otras normas jurídicas que regulan la factura comercial negociable y la factura comercial simple, conocida comúnmente como comprobante de venta en el Ecuador. En ese sentido, se explicará cada tipo de factura según sus características y los diferentes mecanismos de cobro aplicables a cada una de ellas. El trabajo permitirá concluir que según el tipo de factura comercial que se requiera al cobro, la vía para hacer efectiva la obligación puede ser más simple o compleja. Finalmente, se propone un estudio de la legislación comparada que permite conocer la regulación de otros países respecto de este tipo de facturas y sus mecanismos de cobro.

PALABRAS CLAVE: deuda, derecho mercantil, procedimiento legal, factura comercial, cobro de facturas.

ABSTRACT: the objective of this research is to analyze the legal process of collection of commercial invoices through the descriptive analytical method used to study article 201 of the commercial code in accordance with other legal norms that regulate the negotiable commercial invoice and the simple commercial invoice commonly known as proof of sale in Ecuador. In that sense, each type of invoice

will be explained according to its characteristics and the different collection mechanisms applicable to each one of them. The work will allow to conclude that depending on the type of commercial invoice required for collection, the way to make the obligation effective can be simpler or more complex. Finally, a study of comparative legislation is proposed that allows knowing the regulation of other countries regarding this type of invoices and their collection mechanisms.

KEY WORDS: debts, commercial law, legal procedure, commercial invoice, collect invoices.

INTRODUCCIÓN

Es conocido dentro del mundo jurídico y del comercio, que uno de los documentos que prueba un contrato mercantil es la factura. ¿Pero acaso sabemos con plenitud, qué tan fuerte es su poder probatorio en un juicio, los diferentes tipos de facturas que existen en el Ecuador o las dificultades que se pueden presentar al momento del cobro? El presente trabajo tiene como finalidad absolver estos tipos de dudas muy comunes al momento de reclamar la obligación mercantil.

La factura en el Ecuador ha tenido una significante evolución, es así, que existe la factura simple o factura comercial que cumple la función de comprobante de venta para fines contables y tributarios, la cual no garantiza el cobro efectivo de la obligación contraída por el deudor ni prueba de forma autónoma la misma dentro de un proceso judicial.

Así mismo, ante la necesidad de los acreedores para poder hacer efectiva la obligación contenida en la factura, el art. 201 del Código de Comercio reformado en el año 2014 publicada en el Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1960, le otorgó la calidad de título valor y la denominación de factura comercial negociable al incluir en su literalidad, una cláusula cambiaria que obliga al deudor a reconocer anticipadamente la obligación mediante el manifiesto de haber recibido a su entera satisfacción los productos detallados en la misma, la cual también tiene otras características que le otorgan la calidad de título ejecutivo y pueden ser negociadas en el mercado de valores lo que permite que su cobro sea más rápido y eficaz.

El presente trabajo permitirá profundizar y desarrollar las diferencias entre estas facturas, aclarando las dudas que existen en la interpretación

respecto de su naturaleza y sobre los mecanismos de cobro de las obligaciones que se hayan generado en la relación deudor – acreedor dentro de una operación mercantil en donde exista una factura de por medio.

1. LA FACTURA COMERCIAL Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO

El doctrinario Guillermo Cabanellas de la Torre define a la factura como una "Cuenta detallada, según número, peso, medida, clase o calidad y precio, de los artículos o productos de una operación mercantil." (Torre, 1993).

Una vez definido el término factura, es necesario comprender que cuando la factura forma parte de una operación cotidiana, repetitiva, pública y comercial se transforma en una factura comercial que puede ser una prueba más dentro de un proceso judicial para demostrar la existencia de un contrato mercantil.

Al ser este el tema central del presente análisis es de suma importancia conocer la evolución histórica de la factura dentro de la legislación en el Ecuador y adicionalmente detallar los tipos de facturas como se ha mencionado con anterioridad.

Pues bien, es conocido que el comercio como tal existe desde las primeras interacciones del ser humano cuando realizaba transacciones en las cuales se entregaba una cosa a cambio de otra. Pero, en la antigüedad no se registra puntualmente un documento que tenga el valor que tiene la factura comercial hoy en día. La factura se crea muchos años atrás con la necesidad de tener control sobre los sujetos pasivos y las relaciones comerciales que se generaban (Bustos, 2007). En el Ecuador la factura ha aparecido desde los años setenta aproximadamente, pero sin ser un documento de carácter obligatorio (Trávez, 2011). Anteriormente se la conocía únicamente como un título ejecutivo, mas no como un título valor, porque la misma carecía de características según lo establecido por el doctrinario Santiago Andrade Ubidia "En nuestro ordenamiento legal no le ha reconocido el carácter de Título Valor, menos todavía título cambiario." (Ubidia, 2006). Generando así una confusión, se propusieron varias reformas y cambios en la ley por existir falta de claridad en cuanto a las facturas. Por un lado, se presentó el proyecto de ley De las Compañías Financieras de Cesión de Facturas Comerciales, y Reformas al Código de Comercio

De la Factura Comercial por Fernando Larrea Martínez (Trávez, 2011, pág. 13). Así mismo, existieron otros proyectos presentados ante el Congreso Nacional por varios diputados y personajes de la política ecuatoriana. Hasta la actual reforma del Código de Comercio, la cual sigue siendo confusa y no determina con claridad los distintos tipos de facturas existentes de tal manera que se proporcione facilidad para las relaciones mercantiles que se generan en el comercio ecuatoriano.

La Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera publicada en el Registro Oficial No. 498 del 2008 en su artículo 18 ordena que se incluya en el Código de Comercio de aquella época, un artículo donde se hable únicamente de la Factura Comercial Negociable con sus características a detalle. Dicha información ahora se encuentra plasmada dentro del artículo 201 del Código de Comercio, es un texto amplio compuesto por literales e incisos que desarrollan los tipos de factura comercial.

Se puede resumir de una manera sencilla que estos tipos de facturas comerciales contenidas dentro del código de comercio se clasifican en dos: factura comercial simple que cumple la función de comprobante de venta y la factura comercial negociable como título ejecutivo, las cuales se encuentran de manera expresa en el código de comercio en el artículo 201.

Luego de este preámbulo respecto de la factura y su evolución en el derecho ecuatoriano es preciso estudiar cada una de ellas con sus características y procesos de cobro.

1.1. Factura como comprobante de venta

La factura como comprobante de venta será desarrollada con definiciones doctrinarias, la ley y según lo establecido por el Servicio de Rentas Internas del Ecuador.

El Servicio de Rentas Internas establece que “son documentos previamente autorizados por el SRI, que respaldan las transacciones efectuadas por los contribuyentes en la transferencia de bienes o por la prestación de servicios o la realización de otras transacciones gravadas con tributos” (Servicio de Rentas Internas). Además, dentro del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Complementarios (2017) se determinan como sigue los comprobantes de venta:

> “Los siguientes documentos que acreditan la transferencia de bienes o la prestación de servicios o la realización de otras transacciones gravadas con tributos:
>
> a) Facturas;
>
> b) Notas de venta - RISE;
>
> c) Liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios;
>
> d) Tiquetes emitidos por máquinas registradoras;
>
> e) Boletos o entradas a espectáculos públicos; y,
>
> f) Otros documentos autorizados en el presente reglamento.” (2017).

Dicho reglamento interesa dentro de este análisis porque demuestra que las facturas son comprobantes de venta, por ende, se puede deducir que las facturas son documentos que acreditan entrega de un bien o prestación de servicios como se menciona en el artículo primero del mencionado reglamento.

Herrera (2015) a su vez expone una definición de factura direccionada al contenido de la misma y al tipo de situación que se plantea: “La factura es el documento donde figuran el detalle y el precio de las mercancías vendidas o de los servicios prestados y que se entrega a quien paga dicho precio”.

Mario Paz y Miño Cevallos (2011) establece en cambio, que estos documentos permiten que las personas puedan cumplir con sus respectivas obligaciones tributarias en cuanto a sus operaciones, al ser estas comerciales o no comerciales. Por último, es importante mencionar la definición de la factura expuesta por el doctrinario Manuel Ossorio (1974), quien establece que la factura es:

> “Nota de contabilidad en la que se indica el detalle de las mercaderías entregadas, así como los trabajos ejecutados. El documento además de sus fines de contabilidad es entregado a quien ha de pagar las mercaderías o los trabajos, como justificación de su costo. En la factura suelen indicarse también la clase, la cantidad, la calidad y otros elementos relativos a la cosa facturada” (p. 402).

1.1.1. Características

Este tipo de factura se caracteriza por ser un documento creado con la finalidad de dejar plasmada por escrito una transacción u operación económica. Es así que el art. 11 del Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Complementarios (2017), establece que este tipo de facturas es utilizada en los siguientes casos:

> "a) Desglosando el importe de los impuestos que graven la transacción, cuando el adquirente tenga derecho al uso de crédito tributario o sea consumidor final que utilice la factura como sustento de gastos personales;
>
> b) Sin desglosar impuestos, en transacciones con consumidores finales; y,
>
> c) Cuando se realicen operaciones de exportación."

Adicionalmente, el mismo cuerpo legal en su artículo 18 establece que existen ciertos requisitos que deben cumplirse para que las facturas cumplan con las características de un comprobante de venta y cómo deben ser llenadas.

Es de suma importancia tomar en cuenta que el artículo 201 del Código de Comercio (2014) establece que en cuanto a los reclamos de una factura como comprobante de venta se los debe realizar en los ocho días siguientes a la entrega del documento como tal. Dicho artículo establece precisamente que "No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada." (Código de Comercio, 2014). Esto implica que, si la persona que recibe la factura como comprobante de venta no presenta un reclamo sobre el contenido de la misma en los 8 días posteriores, se da por entendido que dicha persona acepta la factura como se ha emitido, a menos que dentro de un proceso judicial a través de un acto propositivo, se demuestre lo contrario.

1.1.2. Mecanismo Judicial de Cobro

En cuanto al mecanismo judicial de cobro para este tipo de factura se debe aplicar el procedimiento monitoreo o el ordinario según corresponda. El Código Orgánico General de Procesos (2017) norma

cómo se deberá llevar a cabo el proceso monitoreo, dentro del cual las facturas tienen un rol de suma importancia al ser la prueba más importante para ordenar el cumplimiento de la obligación.

Procederá la vía monitorea cuando "La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo" (COGEP, 2017). Es claro entonces que, si el monto de la factura excede los 50 salarios básicos unificados, la vía correspondiente para cobrar sería la ordinaria. Es importante resaltar que al ser la factura un documento individual, podría plantearse según la estrategia de defensa del actor, varios procesos de cobro por la vía monitoria que no excedan de la cuantía establecida en el COGEP.

El proceso monitoreo, será procedente cuando se pretenda cobrar una deuda determinada en dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo" (COGEP, 2017). La deuda que se busca cobrar por medio del proceso monitoreo deberá ser probada de cinco diversas formas establecidas en la legislación, entre ellas las facturas debidamente firmadas por el deudor de manera que se pueda probar la existencia de una deuda y adicionalmente la relación existente entre el deudor y el acreedor. (COGEP, 2017).

A diferencia del juicio ejecutivo, el procedimiento monitoreo inicia con la presentación del acto propositivo de la demanda que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el cuerpo legal mencionado en líneas anteriores. Se deberá anunciar la prueba que en este caso será la misma factura de tal manera que el juzgador pueda apreciar con claridad todos los detalles de la deuda de la que se trata.

Dentro de este proceso, no es necesario el patrocinio de un abogado en el caso de que la deuda no exceda de los tres salarios básicos unificados del trabajador. (COGEP, 2017). Una vez presentada la demanda, el siguiente paso dentro del proceso monitoreo es que el juzgador califique la misma y otorgue un término de quince días para citar al demandado y que el mismo pague la deuda establecida en la demanda con la prueba adjunta. (COGEP, 2017). Posterior a la citación, existen dos posibilidades por parte del deudor. En primer lugar, este puede proceder con el pago de la deuda lo cual conducirá al archivo dicho proceso. En segundo lugar, el deudor puede oponerse a lo establecido en la deman-

da. En el caso de darse una oposición, entonces se deberá llevar a cabo una audiencia única con dos fases, una de saneamiento y otra de juicio de la misma forma que se describió en el procedimiento ejecutivo.

En cuanto al problema probatorio de este tipo de factura, es preciso mencionar que la sola factura no sería prueba plena en el caso que la misma haya sido impugnada dentro del juicio. Por esta razón, en este caso particular de impugnación procesal, la sola factura no será prueba suficiente para ordenar el pago. Esta dificultad aumenta en el proceso ordinario en donde el deudor tiene más herramientas y mecanismos de defensa. En este punto es importante manifestar que coadyuva a la prueba, las guías de remisión en el caso de entrega de mercancías, comprobantes de retención, contratos celebrados entre las partes y cualquier otro medio de prueba aceptado dentro del ordenamiento jurídico para reconocer contratos mercantiles.

Finalmente se dicta sentencia al finalizar la audiencia única sobre la cual se puede solicitar su ampliación, aclaración y un recurso de apelación (COGEP, 2017). Es importante dar a conocer que en contra de la demanda del proceso monitorio solo caben determinados recursos tales como el de apelación además que cabe la ampliación y la aclaración. Pero, no cabe la reforma de la demanda y tampoco la reconvención.

1.2. Factura Comercial Negociable

El artículo 201 del Código de Comercio ecuatoriano la define como aquella "(..) que contengan una orden incondicional de pago, cuya aceptación sea suscrita por el comprador de bienes o su delegado, con la declaración expresa de que los ha recibido a su entera satisfacción" (Código de Comercio, 2014). A estas facturas les serán aplicables las disposiciones relativas al pagaré a la orden, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza, lo que les otorga la calidad de título valor.

En este punto, es necesario hacer el siguiente análisis. La factura comercial negociable no solo tiene como esencia ser un título valor, ya que la factura negociable que haya sido aceptada y cumpla los requisitos del código de comercio ecuatoriano y que además reúna los requisitos establecidos en las normas tributarias, adquiere la calidad de título ejecutivo.

Para continuar con la descripción de la factura comercial negociable, es importante manifestar que son muy utilizadas en operaciones de *factoring* y operaciones conexas, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Especialmente el *factoring*, se vuelve más viable en cuanto al financiamiento de los proveedores, a través de entidades bancarias o empresas con este objeto. Lo cual, es lo que permite generar una diferencia entre la factura comercial negociable y la factura como comprobante de venta. Pero, para que se generen dichas operaciones de *factoring* y operaciones conexas, es de suma importancia que se genere una operación comercial. A su vez, se debe dar una necesidad por parte del comerciante para financiar el pago de una deuda que se produce por causa de la operación comercial mencionada.

1.2.1. Características

En su generalidad, la factura comercial negociable se caracteriza por ser un título valor, pero, como se lo ha tratado en líneas anteriores, por cumplir otros requisitos tributarios, adquiere calidad de título ejecutivo lo que obliga a que se regule un tratamiento diferente. La factura comercial negociable físicamente cuenta con tres ejemplares distribuidos de la siguiente manera: la primera y la segunda copia serán para el vendedor, la primera copia es la única transferible. Tanto el original como la segunda copia llevarán impresas la frase "no negociable". En este caso, para su presentación al cobro y pago, deberá presentarse obligatoriamente la primera copia. Esto implica que al vendedor le corresponde únicamente la copia original para que el mismo tenga la posibilidad de reclamar su derecho a cobro mediante la vía ejecutiva.

Adicionalmente al artículo analizado, es necesario mencionar que la factura comercial negociable puede ser emitida tanto por personas naturales como por personas jurídicas. Para poder ser emitidas, el requisito principal es que dichas personas deben dedicarse a actividades productivas que no tengan relación con servicios y deberán tener un plazo de emisión de hasta 360 días (Superintendencia de Compañias). Es importante tomar en cuenta que este tipo de facturas constituyen un valor determinado el cual deberá negociarse. En caso de personas jurídicas deberá ser negociado en el Mercado de Valores tanto Bursátil como Extrabursátil. Así mismo, las personas naturales pueden negociar dicho valor establecido en la factura con "la inscripción en el Registro del Mercado de Valores y la de su emisor." (Superintendencia de

Compañías). En cuanto al valor a negociarse, el Consejo Nacional de Valores determina que este no podrá exceder del noventa por ciento del valor total de la factura. (3)

De lo expresado hasta ahora, se demuestra la existencia de requisitos adicionales para que esta factura comercial negociable sea realmente un título ejecutivo. Además, se puede notar que todo gira en torno al pago de un monto de dinero determinado, donde las personas involucradas en dicho objeto deben ser absolutamente capaces en cuanto a la obligación que deben cumplir o exigir.

1.2.2. Mecanismo judicial de cobro

Como se ha mencionado en líneas anteriores, "les son aplicables las disposiciones relativas al pagaré a la orden." (Pago de Valores, 2015). Esto implica que, para exigir el pago adeudado, se debe acudir al procedimiento ejecutivo y cuando prescribe la acción ejecutiva, se debe proceder a la vía ordinaria. Así mismo, cuando esta factura comercial negociable no reúne los requisitos para ser considerada como título ejecutivo, se debe iniciar la vía monitorea u ordinaria según corresponda.

En este punto es adecuado resaltar que la vaguedad en la redacción del art. 201 del Código de Comercio, provoca inseguridad jurídica ya que se puede interpretar que existen otras facturas comerciales negociables que no alcanzan a ser títulos ejecutivos y solo adquieren calidad de título valor.

Ahora bien, centrándonos nuevamente en el procedimiento de cobro de una factura comercial negociable como título ejecutivo, el artículo 347 del COGEP, establece que "son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer:" (2017). El procedimiento mencionado será procedente cuando la obligación contenida en el título sea clara, pura, determinada y actualmente exigible. Es importante, además, tomar en cuenta que para que sea admisible el procedimiento ejecutivo, debe cumplir con los requisitos generales de demanda establecidos en el Código Orgánico General de Procesos y adicionalmente deberá la demanda estar acompañada del título ejecutivo correspondiente. Es decir, se perfecciona la obligación de dar o hacer por la existencia de una relación comercial donde una de las partes debe cumplir o exigir dicha obligación a la otra parte involucrada.

El proceso ejecutivo se inicia con la demanda que se ha especificado anteriormente, la cual deberá ser calificada en un término de tres días. Una vez calificada la demanda, el demandado, al contestar la misma, tendrá cuatro opciones en cuanto al proceso ejecutivo siendo estas opciones las siguientes:

> "1. Pagar o cumplir con la obligación.
>
> 2. Formular oposición acompañando la prueba conforme con lo previsto en este Código.
>
> 3. Rendir caución con el objeto de suspender la providencia preventiva dictada, lo cual podrá hacer en cualquier momento del proceso, hasta antes de la sentencia.
>
> 4. Reconvenir al actor con otro título ejecutivo." (COGEP, 2017).

Una vez planteada una de estas cuatro opciones, entonces se llevará a cabo la audiencia única que a su vez tiene dos partes principales, como se mencionó anteriormente, estas dos partes son la primera de saneamiento y la segunda la etapa de juicio. Dentro de la primera parte de la audiencia se tratarán puntos tales como saneamiento, conciliación, entre otros; la segunda parte trata los alegatos y pruebas de las partes en cuanto a la obligación en cuestión. Una vez concluidas estas dos partes de la audiencia única, entonces se dictará sentencia la cual tiene un efecto no suspensivo. Es importante adicionalmente mencionar que luego de concluida la segunda instancia en el procedimiento ejecutivo, no existe posibilidad de interponer el recurso de casación. (COGEP, 2017).

2. LEGISLACIÓN COMPARADA CON RELACIÓN A LAS FACTURAS

Para poder cerrar este análisis y dar conclusiones al respecto de las facturas dentro de la legislación ecuatoriana, es importante estudiar y comparar lo que otras legislaciones proponen respecto del mismo tema. Así mismo es interesante observar cual es el mecanismo o procedimiento que se lleva a cabo en otros países en cuanto a los distintos tipos de facturas. Por esta razón, a continuación, se plasmará todo lo referente a las facturas en Colombia y Chile en relación con lo estudiado anteriormente de las facturas en el Ecuador.

Colombia, como todos los demás países de América Latina, incorporó dentro de su legislación los títulos valores en virtud de la Ley Uniforme de Título Valores para América Latina de 1967. Se crea en Colombia la Ley 1231 la cual ha sido reformada en reiteradas ocasiones, de tal forma que vaya facilitando el comercio y las operaciones del mismo. Así mismo, se fueron creando distintas leyes como por ejemplo el Estatuto Tributario, el Código de Comercio, entre otros con la finalidad de cubrir todos los aspectos legales referentes a las facturas en Colombia (Orozco, 2009).

Pues bien, anteriormente en Colombia existían varios tipos de facturas tal como en Ecuador. Dichos tipos de facturas eran "Facturas de Venta, Facturas Cambiarias de Compraventa, Facturas Electrónicas y documentos equivalentes a Factura de Venta" (Romero Restrepo , Fajardo Calderón , & Vélez Romero, 2010). Entonces es importante brevemente explicar cada uno de estos tipos de facturas. En cuanto a la factura de venta, la misma "se expedirá en las operaciones que se realicen con comerciantes, importadores o prestadores de servicios, o en las ventas a consumidores finales" (DIAN, 2007). En cuanto a la Factura Cambiaria de Compraventa, César Luis Correa Zúñiga cita al autor Alberto Gómez Gómez quien establece que "(...) es un documento formalista que legitima el ejercicio del derecho literal y autónomo que en él se incorpora, de contenido crediticio, originado siempre en un contrato de compraventa de mercadería (...)" (Zúñiga, 2014, pág. 58). Por último, la Factura Electrónica, se define como "un documento computacional que soporta una transacción de venta de bienes o prestación de servicios" (Calvo & Chacón Jiménez , 2011). Tomando en cuenta todas las definiciones planteadas por distintos tratadistas respecto los diferentes tipos de facturas, se puede observar que la factura cambiaria es la más similar a la factura comercial negociable que existe en la legislación ecuatoriana.

Hoy en día en Colombia, el tema de las facturas ha evolucionado, debido a que se han unificado en la Ley 1231 todos los tipos de facturas dándoles la calidad de títulos valores (Romero Restrepo , Fajardo Calderón , & Vélez Romero, 2010). Entonces, actualmente dentro de la legislación colombiana solo se encuentran la factura comercial simple y la factura comercial como título valor. En el caso de la factura comercial simple es:

"Aquella que el comprador puede exigir al vendedor donde conste por lo menos el precio y pago total y que debe expedir y entregar el vendedor de bienes o el prestador de servicios cuando la negociación se hace de contado; en tal caso simplemente no hay título valor y esta factura no puede ponerse a circular." (Romero Restrepo, Fajardo Calderón & Vélez Romero, 2010).

En el caso de la factura comercial como título valor, los doctrinarios la definen como aquella que debe cumplir con los requisitos establecido en la Ley 1231. En caso de no cumplirlos, entonces no será considerada como factura unificada y existe una excepción siendo esta la factura cambiaria de transporte (Vásquez, 2008).

Una vez analizada la legislación colombiana, entonces se procederá al análisis respecto de las facturas en la legislación de Chile. En cuanto a esta legislación, la factura se define en base "a consecuencia de relaciones contractuales de compraventa o de prestación de servicios u otras, que la ley asimila a aquellas y en muchas ocasiones, es el único documento que refleja estos actos y las obligaciones pendientes de pago, todo lo cual tiene un evidente valor tributario, comercial y contractual" (Puga, 2016). Esto da entender que existe un solo tipo de factura en la legislación y a estas se les puede otorgar un mérito ejecutivo. Dicho mérito se genera en caso de existir obligaciones de dar, hacer o no hacer. Siendo esta el tipo de factura que tiene relación con la factura comercial negociable legislada en Ecuador (Puga, 2016).

3. PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 201 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Luego del estudio efectuado a los tipos de factura en la legislación ecuatoriana, se puede evidenciar que subsiste la problemática que se ha desencadenado muchos años atrás, a pesar que el artículo 201 del Código de Comercio fue reformado primero por el artículo 18 de la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 498 de 31 de diciembre del 2008 y después reformada por la ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre del 2014, donde se incluyó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a la factura comercial negociable.

En ese sentido, se propone realizar una reforma al Código de Comercio, precisamente al artículo 201. Este artículo debería abarcar todos los distintos tipos de facturas, definiéndolos de manera clara para

poder diferenciarlas unas de otras. Además, sería pertinente incluir dentro de dicho artículo cuál es el procedimiento de cada uno de los documentos en cuestión y los mecanismos o vías procesales de cobro.

Esta reforma es necesaria también porque la factura simple no es un elemento probatorio suficiente dentro de un proceso, entonces la solución sería incluir dentro de los tipos de facturas, la llamada factura cambiaria sin los requisitos que tiene la factura comercial negociable, para que así exista otra factura comercial sin la calidad de título ejecutivo pero que pueda considerársela como título valor con la sola inclusión de la cláusula cambiaria que en su parte literal deberá decir "debo y pagaré a la orden de...", a fin de transformar a la factura simple en "pagaré a la orden y exigir su pago en acción cambiaria". Además, para este nuevo tipo de factura cambiaria, se debería cambiar su denominación de "Factura de Venta" y no "Factura de Compraventa" para transacciones que involucren plazos de vencimiento de pago.

4. CONCLUSIONES

Se ha evidenciado que la factura comercial cumple varias funciones como ser comprobante de venta para fines tributarios y también para fines bursátiles como en los procesos de *factoring*.

A pesar de que el artículo 201 del código de comercio ecuatoriano fue reformado primero por el artículo 18 de la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 498 de 31 de diciembre del 2008 y después reformado por la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre del 2014, donde se incluyó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a la factura comercial negociable, no soluciona el problema probatorio dentro los procesos de cobro de la factura comercial simple que es la más utilizada por los comerciantes.

No existe una definición clara y precisa de los distintos tipos de facturas que se reconocen en el artículo 201 del Código de Comercio en el Ecuador, lo que provoca inseguridad jurídica en razón de que se desprende de su redacción, la existencia no solo de las dos facturas analizadas, sino también de una tercera factura que podría denominársela como factura cambiaria, que justifica la propuesta de reforma planteada.

Como consecuencia de la conclusión anterior, se determina que hay un vacío legal para diferenciar la factura comercial negociable como

título ejecutivo con otro tipo de factura comercial que podría ser considerada como título valor cuando esta última, no reúna los requisitos tributarios y requisitos que regulan el mercado de valores.

La entrada en vigencia del COGEP y la incorporación del procedimiento monitoreo para el cobro de obligaciones, no ha permitido que el proceso de cobro de las facturas comerciales simples se facilite por la deficiencia probatoria de la misma, más bien, ha resultado complejo cuando el cobro de estas facturas exceden los 50 salarios básicos unificados lo que obliga por Ley, dar paso a un procedimiento ordinario.

El proceso de cobro de una factura simple también se complica en nuestra legislación cuando el deudor es una persona natural en razón que al no ser la factura prueba suficiente, las pruebas adicionales anunciadas y prácticas dentro del proceso deberían ser otras como las guías de remisión o un contrato mercantil.

Se concluye finalmente, que la legislación colombiana luego de varias reformas en su ordenamiento jurídico da un trato un parecido a la factura como en la legislación ecuatoriana, pero con la diferencia que se reconoce a la factura cambiaria para temas de transporte.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Orgánico Integral Penal (2014).

Código de Comercio (2014) Obtenido de Lexis: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=MERCANTI-CODIGO_DE_COMERCIO

Pago de Valores, 17711-2013-0829 (Función Judicial 31 de julio de 2015).

COGEP (2017). Obtenido de LEXIS: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_ORGANICO_GENERAL_DE_PROCESOS_COGEP

Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Complementarios (2017). Obtenido de Lexis: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=TRIBUTAR-REGLAMENTO_DE_COMPROBANTES_DE_VENTA_RETENCION_Y_COMPLEMENTARIOS

Bustos, J. (2007). *El Impuesto al Valor Agregado y el Régimen de Facturación en el Impuesto a la Renta*. Quito, Ecuador: Cevallos.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Guatemala: Heliastra S.R.L.

Calvo, J. M. y Chacón Jiménez , A.V. (2011). *La Factura Electrónica en Colombia: visión integral*. 19. Colombia: Revista Punto de Vista.

Cedillo, F. V. (2013). *Derecho Ecuador*. Obtenido de https://www2.derechoecuador.com/procesos-de-ejecucion-0

Cevallos, M. P. (2011). *Títulos Valor: otro Enfoque*. Quito: PPL Impresores.

Dávila, C. (2006). Proyecto de Código de Comercio.

DIAN. (2007). *Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*. Obtenido de Requisitos de la Factura y Documentos equivalentes 2007: http://www.dian.gov.co/descargas/plegables/factura2.pdf

Herrera, M. (2015). *La Factura*. Obtenido de http://contenidofactura2015.blogspot.com/2015/01/concepto-caracteristicas-y-requisitos.html

Martínez, E. V. (1983). *La Factura Cambiaria*. Obtenido de http://recursosbiblio.url.edu.gt/publicjlg/biblio_sin_paredes/fac_juri/fac_Ca.pdf

Orozco, M. M. (2009). *Memorando No. 690*. Obtenido de Universidad Nacional de Colombia: http://www.legal.unal.edu.co/sisjurun/normas/Norma1.jsp?i=42565

Puga, A. P. (2016). *Dialnet*. Obtenido de Alcance Juridico de la factura como título de circulación mercantil : http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100005

Romero Restrepo, M., Fajardo Calderón, C.L. y Vélez Romero, C. A. (2010). *Aspectos Jurídicos y Tributarios de la Factura Como Título Valor*. 8(13), 209-230. Bogotá, Colombia: Criterio Libre.

Servicio de Rentas Internas. (s.f.). *SRI*. Obtenido de http://www.sri.gob.ec/web/guest/comprobantes-de-venta

Superintendencia de Compañías . (s.f.). *Aspectos Básicos de la Negociación de las Facturas Comerciales Negociables*. Obtenido de Guía Práctica: file:///C:/Users/earteta/Downloads/Factura%20Comercial%20Negociable%20-%20Aspectos%20B%C3%A1sicos.pdf

Torre, G. C. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Obtenido de SCRIBD: https: //es .scribd. com /doc/ 27671641/ Diccionario-Juridico-de-Guillermo-cabanellas-de-Torres

Trávez, V. A. (2011). *La Nueva Naturaleza Jurídica de la Factura en Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad de las Américas.

Ubidia, S. A. (2006). *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*. Quito: Andrade & Asociados.

Vásquez, M. Á. (2008). *Ánalisis de la ley 1231 de 2008*. Obtenido de https://www.gerencie.com/analisis-de-la-ley-1231-de-2008.html

Zuñiga, C. L. (2014). *La Factura Negociable y sus Limitaciones a la Libre Circulación*. Obtenido de file:///Users/EmiAr/Downloads/CORREA_ZUNIGA_CESAR_FACTURA_NEGOCIABLE.pdf

Recibido: 12 de septiembre de 2018

Aceptado: 25 de noviembre de 2018

Ab. Robert Friend Macías, Mgtr: Docente Titular UEES

Correo electrónico: robesrtfriend@uees.edu.ec

Ab. Emilia Arteta Acosta: Investigadora del Estudio Jurídico Bustamante & Bustamante

Correo electrónico: emiarteta18@hotmail.com

Ecuador: Fortalecimiento Institucional y Negociaciones Efectivas en el Escenario Internacional

Ecuador: Institutional Strengthening and Effective Negotiations in the International Arena

Mgtr. Magda Lorena Giler Mendoza (Autora corresponsal)
Docente UCE

Dr. Rubén Méndez Reathegui, PhD-DSc
Docente titular principal PUCE

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 245-316, ISSN 2588-0837

RESUMEN: las políticas económicas tomadas por el país en materia comercial, a sentir de expertos y una parte de la sociedad, se visualizan en la comunidad internacional con cierto nivel de desconfianza e inseguridad, por sus cambios normativos y de criterio que contrastan con la confianza en el propósito firme del Gobierno de impulsar la economía interna a través de un modelo endógeno, que posicione también a una nación con decisiones soberanas. En este contexto, surge la importancia de las instituciones que, a criterio de North (1990), constituyen el factor clave en el desarrollo de un país. En ese sentido, el artículo discute las fisuras que esta polaridad de percepción genera en la imagen país, podrían superarse de manera efectiva resaltando el valor y credibilidad institucional que armonizados con acciones comunicacionales redunden como referente en efectivas negociaciones en el marco internacional.

PALABRAS CLAVE: instituciones, acuerdos, comunicación, medios, creencia.

ABSTRACT: the country's economic policies in commercial matters, according to experts and a part of society, are visualized within the international community with a certain level of distrust and insecurity, due to their normative and organizational changes; this criterion contrasts with the confidence in the Government's firm intention to boost the internal economy through an endogenous model, which also

positions a nation with sovereign decisions. In this context arises the importance of institutions that, according to North (1990), constitute the key factor in the country's development. The fissures created in the country's image by this polarity of perception can be effectively overcome by highlighting the institutional value and credibility, which are harmonized with communicative actions as a reference point in effective negotiations within the international framework.

KEY WORDS: institutions, agreements, communication, media, cultural beliefs.

INTRODUCTION

The construction of a new country includes the application of internal and external policies, which have had a direct impact on the perception of Ecuadorians and the international community, regarding the country's image and the benefits they receive[65]. Ecuador has some experiences in which it has undergone positioning on the international scene, as well as on the commercial one (emblematic products such as: cocoa, banana), and in relation to strategic sectors with its proposal for a renewable energy matrix. Public opinion is divided -according to interests- between the discourse for the recovery of national identity, the strengthening of the productive matrix, and the discriminatory international economic measures that place Ecuador as a country -according to the criteria of some international experts and in stark contrast to the government discourse- as high context and low credibility.

65 This document constitutes a contribution to the Economic Law Group (GI-Quito-012-2018). It is part of the activities of the external research project "Regulatory Improvement and RIA (Regulatory Impact Analysis) in Ecuador and Peru". It should be noted that the document's roadmap was drawn -initially- in 2016 (date of the collaboration between the authors) and includes aspects related to previous research on strategic communication modeling based on institutional strengthening as a generator of trust, legal-social legitimacy and credibility. This in order to evaluate the country image of Ecuador and the establishment of mechanisms for the promotion and realization of more effective negotiations in the international scenario. Therefore, it derives from the authors' attempt to generate a theoretical-conceptual synergy between neo-institutional analysis, law and strategic communication as areas of knowledge. We wish to thank Ms. Renata Yunda López for her participation as a research assistant.

But credibility and confidence do not arise as a result of the persuasiveness of messages, as this is based on public policies and their normative effects, which lead to institutional strengthening. Institutional actions are visualized as a paid benefit towards the citizens. This complex institutional meaning is then reflected in social action, through which individuals find purpose in community, and also being a participation mechanism where manifest interests are transferred.

This institutionality then becomes a public space for the interaction of individuals in community, in which they identify their interests, their problems and find a participatory form of social solution. Institutions thus legitimize themselves and continue thanks to the citizens, while at the same time being a democratic reflection. However, in structurally weak systems -and unfortunately, very much like the Ecuadorian one-institutions behave under their own canons, perpetuating themselves as autonomous entities, whose monopolistic tendency is carried by a line of social indifference that leads to a lack of credibility and a weak image.

As Mendez (2016) points out regarding institutionality, and in reference to North's theory (1990:24)[66], in a context of globalization such as the current one, posed by a social market economic system, national borders are traversed by unavoidable economic, commercial, financial and monetary phenomena whose ratio has deep institutional implications and its own rules of the game. This *definition paper* thus presents a vision of variation in the beliefs of the citizenship out of the need for institutional strengthening as a basis in the consolidation of a consistent and credible image that benefits national interests in the international scenario. It is here where the analysis of institutional changes, and their proximity to the revitalization of a country image aimed towards negotiations and effective decision-making, is inserted.

1. BACKGROUND

The path traveled by Ecuador throughout its political and economic history, like the developing countries, marks a high and low within its various levels, affected by distinct instabilities arising from the economic, political and social spheres. Within the economic, identified with a seal of "third world," "dependent," "developing,"

66 North (1990) emphasizes decision-making by considering those interests of others which are strategic to the problem

“raw material supplier” (v. Rodríguez and Massons. World Economy and Development, 1997:13, who establish concepts, measurement and limits of development) limited by power structures that impose the pace of growth and development. Decisions and forms of negotiation therefore have relevance in the face of the significant consequences on their internal performance and citizen welfare; and even more, facing a globalization process that -despite fears regarding its devastating pace- cannot be avoided. As a small nation it is submitted to negotiation tests in which the win-win game (v. Fisher & Patton. ¡Sí de Acuerdo! Cómo negociar sin ceder, 1991:83 in reference to negotiating according to interests) often results in a great disadvantage for the weakest.

In the social aspect, as a consequence of the economic sphere, there is a tendency towards slow development, which applauds medium or small economic advances--which, while they may provide some growth, do not achieve the aims of a fair and equitable increase of better living conditions. This situation paints a picture of intermittent disequilibrium, where isolated booms of hikes provide sporadic moments of consumerism at high costs, and with slight increases in employment and underemployment rates that dissipate and increase at the slightest movement of international markets. Within the reality of a generalized negative perception, according to official sources, of the working-age population, that is 69.8%, 67.8% are economically active, of which 94.7% are employed (Ecuador in figures, Inec, 2016); data which radically contrasts with that provided by the private sector, which point out that Ecuador closed 2015 with 357,892 unemployed, 13% more than in 2007, which came to 316,697. If the percentage of the unemployed is compared to the Economically Active Population (EAP) for both years there is no significant variation: the 2015 unemployment rate was 4.77%, while in 2007 it was 5%. (El Comercio, 2016).

In politics, Ecuador has created bias of mistrust and insecurity due to its intermittent and unstable measures in the global framework, where decisions in foreign policy have been made under the banner of the trade balance equilibrium, which in addition to demonstrating excessive internal paternalism in order to promote the local industry, factors of strategic separation with international markets are created, and it is possible to break possible nexuses of important interdependence with other countries or with integration blocks. From the perspective of Báez (2014) in his analysis of Ecuador in international trade, it is necessary to redefine policies in the context of international trade, which within the effects of free trade in a globalizing world facilitates exchange spaces

aimed at direct investment, which is the key element in the country's growth and development, since it allows the transfer of know-how and the transit of capital; thereby constituting the private sector as one of the relevant subjects in this production scenario. In conclusion, it is investment that provides opportunities for the country's growth, with it bringing an increase in employment and improvements in its different areas (Báez, 2014, p. 1).

A certain topography is thus given regarding the position that Ecuador should manage in international forums, based on globalization's significant influence in relation to the dominant threads. There is talk of a strategy which, in addition to taking prior measures to balance the country's participation in world markets, stresses the need for actions that agree with the free market based growth policy; but not the infamous, toxic free market as a society, but rather the one that would allow for arrival of new investments that project, along with internal growth, an increase in competitiveness, generation of industry, diversification, as well as a vision of fair distribution of wealth that is visible in better living conditions, increased employment, and the reduction of poverty.

The importance of openness in the global market lies in improving the levels of a trade balance that until 2015 showed a deficit of 3140 million dollars, disaggregated by USD 21,506 million in imports versus USD 18,366 million in exports (Efe, 2016), which are represented in low investments.

This opening and the consequent investments must come out of important negotiation processes, whose agreements effectively reflect the country's interests, of fellow citizens, and cease to represent only industrialized interests, or even those of corporations that concentrate power. It does not consist in the search for palliatives that superficially address society's interests; it is about building credibility for the country's image through the strengthening of its institutions. These are the reflection of the changes imposed by the social dialectic, they are part of the constant evolution, where their main function is to reduce uncertainty (v. North, Douglas 1990:16 who refers to changes in the institution).

2. CONTEXTUALIZATION OF THE PROBLEM

It can be established that "The global reality, despite growing heterogeneity, could be simplified into two antagonistic economic trends: industrialized and rich and the least developed and poor or poorer" (Rodríguez & Massons, 1997, pp. 13-16). It also coincides that many countries with low or very low incomes are located in the southern hemisphere; this situation was analyzed in a study conducted in 2013 by the National Bureau of Economic Research in the United States (NBER-The National Bureau of Economic Research) in which the relation between geographical location and economic development was highlighted. The international panorama then positions two lines of interests, that of the developed countries and those of the developing countries, among which are the countries of Latin America.

All societies' sovereign aim is development, around which are framed the decisions and actions that lead to the reorganization of their production and insertion into markets, based on economic stimulation. In the case of the southern hemisphere countries, such as those of Latin America, these stimuli should be intensified because of their disadvantaged position on the international scene.

Cardoso and Faletto (1988) indicate in their study "Dependence and Development in Latin America" that:

> Countries' development policies should concentrate on two points: a) absorption of a technology capable of promoting diversification of the productive structure and increasing productivity; and, b) the definition of an investment policy that, through the State, creates the infrastructure required by this diversification. (Cardoso & Faletto, 1988, p. 5).

For Cardoso and Faletto (1988) it is thus essential to strengthen the instruments of action of the public power as a means of defending the export economy, while at the same time creating and strengthening public institutions to promote development according to growth expectations.

From the sustainability perspective, there is a correlation between economic growth and economic development. According to Aníbal Rovayo's (2016) reflections on international economic relations, economic growth is translated as "the quantitative improvement of a country's macroeconomic variables in a given period and in relation

to the immediately proceeding period"; while economic development "in addition to considering economic growth, implies the qualitative increase of a country's social variables within a period, which ultimately increases the nationals' standard of living." On the other hand, Rodríguez and Massons (1997, pp. 13-16) defines economic growth as:

> The increase in the total production of goods and services over a period of time. That is to say, the increase of a country's Gross Domestic Product (GDP) in the medium and long term (...) does not necessarily imply an improvement in social welfare and equality of opportunities. Rodríguez and Massons (1997, pp. 13-16)

Economic development is defined as:

> A process of social change that refers to a deliberate evolution which pursues as its ultimate goal the equalization of social, political and economic opportunities in the social sphere and in relation to societies with higher welfare standards. Rodríguez and Massons (1997, pp. 13-16)

Every society focuses its efforts towards internal progress: that is to say, thinking about growth but with projection towards economic development, where benefits for all are offered together with equity in the rights and opportunities of the society's members. It is thus necessary to open spaces for economic projection in order to foster economic relations within the framework of social development, fundamentally attending to processes for balanced interdependence in the international context.

Table 1: Economic Growth vs. Economic Development

Improvement		**Variables**
		Macroeconomic
Economic Growth	**Quantitative**	GDP Total Offer Total Demand National Income Total Investment National Savings
		Social
Economic Development	**Qualitative**	Employment Inclusion Health Education Inclusion Recreation

Source: Rovayo, A. (2016). Academic Considerations
Elaboration: By the author

In reference to Sunkel (2000) every nation's progress is linked to the constant incorporation of methods, techniques, modernization and strengthening of institutions; and these are sustained in the application of new technologies that allow the increase and improvement of productive activities. At present, the opportunity for the insertion of Latin American countries into the world economy lies in competitively confronting markets using innovation and creativity (v. Oppenheimer, Andrés ¡Crear o morir!, 2014:17. La esperanza de América Latina y las cinco claves de la innovación.).

In Latin American countries, there are common features within their identified development -or underdevelopment- process. However, there are geographical, natural and political peculiarities that can be exploited on a scale of competitive advantages in the face of the demanding international market.

The ever more complex international community, as a result of increasing globalization and the consequent increase of economies through the exchange of goods and services between nations, establishes commercial levels that are increasingly competitive. This forces the countries to align strategic actions that maximize their negotiation possibilities on the international stage, within the framework of free trade, which becomes a direct channel for investments that undoubtedly generate local growth.

It is essential to revive developing countries' economies by taking advantage of existing advantages and overcoming fears of commercial dynamics. It is necessary to intelligently identify and take advantage of the potential of internal resources: for example, natural resources and geographical location. In addition, openings should be sought to inject competitiveness into internal production, by reconciling technology in the optimization of resources, obtaining higher quality products and responding to external needs with innovation.

Ecuador knows and is recognized for its potential. In resource use, it has opted for high investment in strategic sectors, mainly the electricity sector, where it establishes its aim to strengthen the productive matrix, settled in the construction and transformation of a diversified energy matrix, with clean energy that primarily takes advantage of hydric potential; which, according to Arconel data as of March 2016 (2016), has allowed for "replacement of fossil fuel consumption by 51.78% in renewable energy production." However, this strength is contrasted and questioned by a series of external policies that block the opening and advancement in this investment cycle.

A WTO study carried out in 2009 regarding the advantages of opening up to the world market, points out the strong link between commercial growth and increased GDP. It clarifies that the foreign trade impulse directly affects improvement in production and growth; and that, conversely, the introduction of import barriers based on an endogenous model (v. Cepal 1998. La Cepal y la teoría de la industrialización, en referencia al Modelo de Sustitución de Importaciones diseñado por Prebisch en 1959 como defensa del mercado interno) leads to a restriction on imports with an increase in production costs.

In this analysis perspective, it is not enough to create production instruments that grudgingly meet internal demands; projection must be towards more competitive external levels. The country requires

economic incentives that stimulate investments and flow of capital. The State's role is decisive in stimulating production -private and public- through its policies and institutions. Thus, it is urgent that openness-allied mechanisms be created that encourage balanced participation in the framework of global interdependence and meet the challenge of globalization as an opportunity that will be exploited only with competitive insertion on the international market.

International treaties and agreements thus become instruments for validation and balance of the commitments acquired between nations, and the possible interests that may arise in trade movements; and it is understood that any change in countries' policies -mainly those of nearby and similar economies- can influence the trade balance equilibrium.

In the case of Ecuador, there are several external factors affecting the balance of import and export registries, including intermittent oil costs (WTI), with this being the main export product as of February 2016, according to data from the BCE (2016), it reported its lowest value in thirteen years at USD 26.21; and, the intermittent depreciations of neighboring currencies together with the dollar's appreciation (v. Paredes, Pablo Lucio. 2015:4 article on oil costs and the effect on Ecuador). Given this situation, the Ecuadorian government justifies safeguard measures as "protection barriers for the domestic economy and as an adjustment to the recession and low tax revenues" (El Comercio, 2016).

While downward variations in the price of crude oil on the international market, as Ecuador's primary source of income and foreign exchange, cut off the fiscal budget and have a negative economic and social impact; this situation is exacerbated by the implementation of protection policies that block access to capital and future investments, thereby further reducing investments, increasing unemployment levels, and lessening projects and services for collective benefit.

From the perspective of economic analysts, such as Pablo Lucio Paredes (2015, p. 4), tightening trade restrictions and perhaps adding limitations on capital movements is not terribly healthy; he poses as a more appropriate alternative for the economy: a reduction in public spending, which is one of the highest costs of the general state budget. This measure calls for more effective institutional policies with a significant reduction in resource costs.

In congruence with the new approaches to economic development, it is the institutions which, with the appropriate structure and policy, lead to greater integration in international markets, reducing the country's uncertainty and increasing credibility as a factor in internal and external decision-making.

From the institutional perspective, the Ecuadorian panorama requires strategic actions that position and strengthen the country's image, that is, how it is identified from the perspective of the international community, in order to obtain effective results in the context of the various negotiations that take place in search of maximum benefits for citizens.

Finally, it is necessary to correlate institutions' positions with respect to the effects on society, which, through their norms and behaviors, generates a series of values in citizens that lead to a significant component within collective action and beliefs (Méndez and Alosilla 2013:1 who refer to North's approach to beliefs). These belifs encourage citizens to actively participate in decision making and generate incentives in their behavior to achieve objectives for social benefit.

3. JUSTIFYING THE ANALYSIS

The world revolves around markets and businesses that function in this scenario known as the international market. We can not deny that the economies of different nations move based upon this worldwide interdependence -and dependence-. Dervis (2012, p. 2) through a study for the IMF notes that "the world economy entered a new era of convergence around 1990, when the average per capita income of the emerging and developing market economies taken together, began to grow much faster than in advanced economies" (Dervis, 2012, p. 11).

This is a globalizing world and one must learn to live in it. What is important is strategic preparation, in order to conduct oneself in the line of negotiations leading to effective results.

The approach arises from an understanding of our country's historical context in the process of long fragmentations, political weakening, democratic imbalances and normative instabilities, which have defined us as an unreliable country in terms of negotiations before the eyes of the international community.

This image places Ecuador at the negotiating table as an unreliable country, with results that, while they may be satisfactory, do not reach the maximum expected benefits. This country panorama is part of its economic, political and social history, in which, since its genesis in configuration as a state and during its democratic periods, it has been globally identified with ill-advised decisions, weak institutions and high corruption levels, which contributed to the perception of its negative reputation in the international context. At present, these indicators are externally viewed as factors of uncertainty that add to existing trade barriers and require macroeconomic adjustments that can reverse the slow economic projection.

In its Regional Economic Perspectives report, the IMF (2016) announced last April that the Latin American economy continues to decelerate. It notes that "while the global recovery continues to struggle to take hold, growth in Latin America and the Caribbean has once again been revised downwards" (IMF, p. 19) and "it is expected that in 2016 it will contract for the second year in a row" (IMF, p. vii), also clarifying that these weak perspectives are particularized "for countries facing lower raw material prices and a limited level of investment" (IMF, p. vii). Consequently, these indicators involve developing countries such as Ecuador, characterized as being primary exporters[67].

There is a deterioration in the country's policy and image, against which the State encourages measures and corrections that counteract the international market's variations and effects. These are complemented by the internal factors of a society hard hit by its internal policies, corruption and by the battering of surprise natural occurences.

It is notable then, to strengthen the economy, to face the game of other nations, under international norms that -with some uneasiness- we can call inequitable, due to the imposition of conditions by so-called centers of power; but these are the conditions in which countries on the world market coexist. The challenge then could be taking advantage of the globalizing conditions within strategic changes of direction to benefit the national position. It is necessary to establish an agenda that identifies actions and channels, and to look for a suitable opportunity to transform the country's interests into concrete actions that can be seen in every negotiation process.

67 Within this panorama and according to the Ecuadorian Central Bank (BCE), Ecuador had an economic slowdown of -1.5% for 2016 and very moderate growth of 3% in 2017.

It is very important to prepare the country strategically for negotiation scenarios--and still more so when dealing with possible conflicts that could affect commercial, economic and political interests or that could impact bilateral relations with other countries.

The consolidation of this image, reaches beyond a specific moment and implies more sustainable commitments with society. With gradual processes for the progressive credibility of citizens in the management of the State and its institutions, a culture of trust will be built that is reflected in individuals' participatory commitment. In this line, one would think that, under a long-term future vision, the country would find a group of individuals with values and beliefs that constitute a positive reference from the international perspective.

3.1. Institutions, economy and image of the country

The institutions configured in a society play a role whose relevance lies in the ability to permeate and condition our forms of growth, development and existence. In recapitulating some previously reviewed concepts, the investment and innovation factors pointed out by Mazzuca (2013), mentioned in the article published on the page "Tribu Económica" (2015, p. 2), in which the institutional role is notably identified -mainly the role of public institutions- as key to the country's economic development. Institutional image represents a society's interests and needs and is therefore far more visible as an identifying element of what a country is in its economic and democratic systems. Institutions also constitute a benchmark for the country's guarantee of legal and political security in the international context. A country is visualized through its institutions, and it is inevitably a relevant factor in the terms for negotiations.

As result of that reviewed, Ecuador possesses an institutional insecurity that becomes a barrier to potential sources of investment and in turn, to negotiations. With the institutional complexity, we first examined elements of importance in institutional quality, according to Alonso and Garcimartín (2008, p. 162, 186), including security, credibility, legitimacy and social efficiency.

There is a clear relationship between the economy and the role of influence exercised by institutions within it, as indicated by the text by Méndez and Alosilla (2015, p. 2); that is why the different

perspectives on institutional quality in Ecuador were analyzed in order to understand their economic scope and projected image; and if it is one of the factors that has influenced the country's current growth and development conditions. In this understanding, we intend to identify the belief system as one of the factors determining institutional strengthening and credibility.

3.2. Significant Problems

From the thematic context introduced, it is important to define questions that will lead to the solution of our most significant problems.

a. The country's image in the international community is identified with low reliability, insecurity, high context and polychromatic.

b. Institutions, as a factor in economic development, are reference points for credibility and trust in decision-making and collective action. We must reverse the country's weak image in the local and international context and cast aside institutional erosion and uncertainty.

c. Negotiations lack continuity in their processes and teams to lead them, coupled with mistrust due to political uncertainty and corruption levels. It is necessary to raise the country's credibility and improve its perception, as a medium- and long-term process. In addition, the importance of the institutional role in the perception of the negotiating environment must be increased.

d. Society's active participation as a credibility reference consolidates the country's positive image in the context of international negotiations, which marks an advantage in the search for better and greater results for collective benefit.

4. THE CONTEMPORARY DISCUSSION: ADVANCES

This text begins with a background that allows for the identification of a problem related to the negotiation aspects, in which each of the elements convening the results unfavorable to country's interests are duly described.

In the current globalized context there is no room for autarchy. From the final four decades of the past century to the present, the world scene has been defined and conditioned to the changes imposed by new information technologies. The so-called Information and Communication Technologies (ICT) were significantly positioned in the global economy, contributing to what is now known as the "information society"[68].

The advent of ICT arises from the technological convergence of three basic media: information technology, microelectronics, and telecommunications, which are interactive and interconnected, allowing for new communicative realities to be achieved (v. Cabero. Tecnologías de Información y Comunicación (TIC). 1998:198 who defines ICT). Undoubtedly, the most representative element of new technologies is the computer, and specifically the internet. The internet constitutes paradigm-breaking element, which modifies the modes of the world order and the ways of relating between individuals and between countries. A true digital revolution is established, where border barriers, distances and connection times are overcome.

Globalization takes ICT as its main tool for interrelation, allowing the links between people, companies, sectors and nations to be constant and ever-growing. A new world economic order emerges, characterized by the informational as a key factor in commercial relations, and the global due to the scope of its production, consumption and circulation processes. The dizzing growth of the changes caused by the digital revolution, impose a new world market model, in which the growing interrelations define a dynamic between supply and demand that forces increased competitiveness levels based on quality, efficiency and costs. Here the search for economies of scale (cost advantages due to expansion) then leads companies to demand the opening of borders in search of greater benefits, by highlighting to

68 The term "information society" began to be used in Japan during the 1960s, with the author Yoneji Masuda being considered the term's disseminator, based on a work published in 1968. Thus, it will be the author Manuel Castells who, in a more descriptive than critical way, examines the characters of the new paradigm to coin not the notion of the Information Society, but that of the information age, with the Internet as the main foundation in this new form of social organization in areas as diverse as interpersonal relationships, labor forms or ways of building one's identity. Taken from WordPress (online) Information Theory. Available at: https://sistemas779.wordpress.com/acerca-de/sociedad-de-la-informacion/. Consulted 14-07-2016.

the maximum the opportunity for comparative advantages (v. Ricardo D. 1817 on the theory of comparative advantage). Due to these markets' growth, the possibilities for exchange multiply, in turn increasing specialization. This means that production is no longer destined for internal consumption, but exclusively to the market which crosses borders. Globalization has its objectives aimed at strengthening internal economies through exchange.

The world economy has changed and is in constant transformation due to the entrance of the internet and constant changes, together with the new services in the global network. The headlong advance of exchange and its dizzing growth following the entrance of ICT created a sudden fear in societies, which felt an increased vulnerability when faced with the accelerated markets. Francis Fukuyama (1989) transferred those fears into his controversial book "The End of History and the Last Man," whose alarming content regarding a world of utopias between political forces and the free market following the end of the Cold War generated an impact and questions about this new economy's path.

This globalizing process does not stop, however--to the contrary, it evolves more every day, by embracing, within a neoliberal capitalist model, the opening of borders as an inevitable market structure for the development of internal economies. The socialization of international markets based on the need for exchange of internal products, encourages countries to gradually establish rules and negotiate their export and import conditions in on-going dialogues that have led to a global integration of common interests.

Negotiation processes in the context of foreign trade require a permanent increase in the country's commercial relations for its internal growth. In this way, Ecuador's role in the international market becomes important, with the aim of enhancing its internal capacities in the different prodution areas and projecting them abroad. Likewise observing the weaknesses as a country and analyzing opportunities for strategic alliances, creating a strengthened block for negotiation processes.

The positions are then retrieved from the international community and from within the country, as contrasting elements of criteria in this text's advancement. The country image is included in this study as an indicator of economic and productive projection, whose credibility and security factors have a relevant influence on the resolutions of the negotiation processes.

How can the credibility and security which are sought be established? The creation of country confidence arises as the result of a progressive social process. Community members must be empowered using access to information, knowledge, acceptance and assimilation of those issues of social interest that are linked to the negotiation processes.

In this line, beliefs in society emerge as another angle of interest affecting the determination of a country image based on credibility and trust; as well as the country's decision-making. The foundation of these notions established within a society, are based on the institutional base as representative of security and trust. The management of State policies falls within the institutions. What the State is and wants is reflected in its institutions, which is why they also serve as a reference on the international scene.

5. THE STATE AS ORGANIZATION

The analysis of the problematic proposal allows the State to be conceived from the organizational perspective, with a description of its structure, typology and the characteristic condition of the public organization. Out of the public institution, aspects that link the State with conflict resolution will begin to open.

The practice of international negotiation is based on the understanding of national and international legal processes that must be followed in any negotiation. The application of the most effective negotiation strategies implies a deep knowledge of and respect for the counterpart's laws, customs and beliefs. From the following definition, we can say many things. The general culture we may have regarding a country is of great important, but so is knowing how to differentiate and having a clear knowledge of the rules and legal processes existing in a certain country. This will help to determine if as a company, individuals and country we can, or cannot, proceed with any type of negotiation.

In addition, the State constitutes society's main articulating element. Multiple debates have been generated regarding this concept. In general terms, when grouping the different versions, the State is understood as the political and legal organization of a people in a certain territory and under an authority that administers its resources and governs in function of the common welfare.

In other words, according to Sena (2012, p. 6) the State constitutes:

> A political entity formed when, on a portion of the land's surface, a group of people organizes themselves legally, and seeks to maintain order under the command of a government. In addition, the State is based on the principles of popular sovereignty, tri-division of power, recognition of fundamental rights, and the representative character of authorities, legitimized and established by a constitution. (Sena, 2012, p. 6)

The State is the way in which society is organized in order to function better. It is the union of our population, the organizing public institutions, and our culture. It is thus important to highlight the existing correlation between the State and its institutions, since it is through these institutions that beliefs and image are defined and ratified.

The Ecuadorian State, in congruence with Article 1 of its Political Constitution of 2008, "is organized in the form of a republic and governs in a decentralized manner," promotes and guarantees citizen power through its Article 95, stating that "participation will be guided by the principles of equality, autonomy, public deliberation, respect for difference, popular control, solidarity and interculturality" (Constitution of Ecuador, 2008, p. 67). It is organized based on five powers: Executive, Legislative, Judicial, Electoral and Control and Citizen Participation.

Fundamentos (2010, p. 1) explains that "the State's essential characteristic lies in the ability for self-organization, that is, organization in accordance with its own law." He adds that "the existence of political power is conditioned by that of an independent body, in charge of exercising such power" (Fundamentos, 2010, p. 1). In Ecuador, the highest expression of normative power is enshrined in the Constitution, or Magna Carta. It is, at the same time, the consolidation of the will of the citizenship.

The evolution of social groups, of the relations between their members, of power and authority, is also the evolution of the higher organization known as the State. The great importance of individuals within a community is thus reiterated, due to the modification or legitimation that they exercise over the State. In this regard Acosta Romero (1973) cites:

> Since the most remote antiquity groups of humans have been recognized, acting even before nature, by means of the most primitive groups, in which there necessarily existed a certain organization and certain principles of order. History picks up the first permanent social formations in Egypt around the year 6000 BC; and it is from then on that a human group settled in a territory with a certain order and a certain activity and ends is known as a polis, city, empire, or republic. (Acosta Romero, 1973, p. 1)

There have been different forms of organization in humanity, which has evolved to define this grouping as a "State." "In this way it is necessary to resort to the theories of the State, particularly those that seek to determine who will hold the monopoly to the legitimate use of power within a given territory, and who have the Constitution as the supreme norm" (Ramírez Millán, 2011, p. 5).

Among the most transcendental theories developed in the study of the State are the ideas of Plato, Aristotle, St. Thomas Aquinas, Thomas Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Hegel, Marx and Lenin, Jellinek, Duguit, and Kelsen, among other thinkers who have wished to explain the relationship of public power and that between governors and the governed.

For his part, Ernesto Aldo Isuani (2010) examines some of the classic authors in the field of political theory, among which he highlights the principal concepts of State.

a. The first concept of social contract theory and Max Weber's theory offers two variants of the State as an association. In both, the State coincides with society and differs from the government institution. The State thus arises as result of an agreement made by individuals (social contract) or by a group that imposes itself on other social groups (Weber).

b. The second concept was represented by Hegel, who proposed the State as an abstract dimension that encompasses other social dimensions. Here the state-civil society dyad acquires meaning.

c. Finally, the State has also been conceptualized as a separate social apparatus that operates through its governmental, administrative and coercive institutions. (Aldo Isuani, 2010, p. 1)

Aldo Isuani (2010) concludes with three basic notions of State:

a) "As an association or community including a government institution,

b) As a dimension of society, covering or opposing other social dimensions; and,

c) As an apparatus for government, administration and coercion" (Aldo Isuani, 2010, p. 2).

In a timely manner, Aldo Isuani describes the State as association and the theories of the social contract:

a. The State as association or community: here societies, at some point in their historical development, exist as such only in the form of States. The State covers the inhabitants of a given territory and requires governmental, administrative and repressive institutions to protect such association from external threats and internal chaos. This concept covers two variants: the association seen from below -that is, the State emerging out of a pact between the members of a determined human community (theories of the social contract)-; and, on the other hand, an association seen from above -that is, domination in which certain groups control other groups (Max Weber's approach)-.

b. Social contract theories: according to the most prominent social contract theorists, individuals agree to create a social entity to overcome the disadvantages of a real or hypothetical "State of Nature." To meet that goal, they execute a contract by which a "Civilized State" is created. After the "signing" of the pact, the new State becomes a compulsive association. Beyond the term "State", other terms are used by different authors to designate the entity as an element that arises out of the social contract. Thus, Hobbes speaks of Civil State, commonwealth; Locke uses the terms "political society", civil society, commonwealth, Peace State, community and society. Rosseau uses the words "Civil State", "Social State" and "Civil Society". The State should not be confused with the government. These two terms, their relations and the "State of Nature" are conceptualized in different ways by these authors. (Aldo Isuani, 2010, p. 3)

5.1. Concepts of State

The State is the way in which society is organized in order to function better. From the legal point of view the State "is a juridical person formed by a political community, settled in a determined territory and sovereignly organized in its own government with decision and action" (Ramírez Millán, 2011, p. 6).

From this concept, Ramírez Millán (2011, p. 6), in his contribution on the Theory of the State, disaggregates its aims framed in:

a) Creating a necessary order,

b) Ensuring social coexistence,

c) Establishing means for cultural, economic, political, moral and social development,

d) Generating the nation's well-being; and,

e) Creating social solidarity.

For Tedesco (2007) the development and adaptation processes have provoked a complex modification of the State and its concept. As he explains:

> This complexity leads to the dynamics of new social relationships and forms of State. In the case of Latin America, the region has historically followed the patterns of European state development, as a consequence of colonial influences, from which certain identifying roots can be pointed out (Tedesco, 2007, pp. 1-28).

Tedesco also states[69], "an evolution that goes from the transformation of the absolutist monarchical state with its maximum expression in 'The State is I' of Louis XIV to an impersonal state which changes from a private power to a public power" (Tedesco, 2007, pp. 1-28)

69 It is pertinent to consider that for Tedesco (2007, p. 7) "the State can be analyzed as a historical process of conflicts over the creation and transformation of the rights and obligations of the institutions that promote them and which are indivisible from the social relations that gave rise to them."

> Gradually, the State as a set of institutions increased its objectives and functions through the power acquired in its formative process. At the same time, the state's social relations were changing rapidly to reflect the impact of new technologies on production, communications, transportation and armaments. The social contracts of the State changed to reflect the changes in social relations. (Tedesco 2007, p. 6).

Likewise, Méndez and Alosilla (2015, p. 9) enunciate the critical revision of the classic theories about the State. Specifically, of its capacity to generate incentives whose real effects encourage or hinder (high transaction costs, etc.) the establishment of functional and efficient political, social and economic relations: (i) vertical type, between the State and the individuals assigned to its jurisdiction, and (ii) of a horizontal type, between individuals in their daily interaction.

This topic becomes even more complex if we consider that while, on the one hand, a democratic government tends to produce socially efficient results (Olson, 1996), on the other, the State's capacity to design and achieve a system of this kind is very limited. "Not only because the relationship between democracy and growth is complex and controversial, but mainly because the ability to build institutions and impose them on society 'from the top down' can be considered naive (Easterly, 2003)" (Méndez Reátegui & Alosilla Díaz , 2015, p. 9). Añaden Méndez and Alosilla (2015, p. 9) that according to Ghersi (2005), "it can be pointed out that deliberate politically-directed institutional change is impossible."

Within this relationship between State and social relations, it can be understood that as a human work, the state has been built to serve the collective purposes of all members of a society. With this decisive collective participation regarding the State's structuring, the institutions are configured. "The conceptualization of the State as a set of institutions mainly refers to the structures of legality and control that express the social contract, and in particular the relationship between hegemony and consensus" (Tedesco, 2007, p. 8).

Likewise, for Tedesco (2007) "the concept of state-institution constitutes a system of domination through which society is organized." Thus arise "different forms of the State that reflect not only social structures, but also the norms, values and interests that prevail in a society at any given time" (Tedesco, 2007, p. 9). In the

case of Latin America, forms such as developmentalism, corporatism, populism, bureaucratic-authoritarianism and neo-liberalism have manifested themselves during the last fifty years.[70]

5.2. Constituent Elements of the State

In addition to explaining the State's existence, essence and purpose, the various theories have also applied their analysis to an identification of the elements which comprise the State. Thus, when evoking Ramírez Millán (2011, p. 20), two types of elements could be indicated in a general way: formative and subsequent.

> The formative elements, understood as those prior to the State's creation as a legal entity, are: population, territory, sovereign power and the fundamental legal order; while the later elements, indispensable for fulfillment of the State's purposes, are: public power and the government. (Ramírez Millán 2011 p. 20)

In this way, when consolidating these two types of elements, the following are recognized as constituent elements of the State:

a. Population: Set of inhabitants located in a determined or determinable geographic area.

b. Territory: Portion of land, water and space delimited geographically or administratively.

c. Government: Set of political bodies and people who run a state.

d. Sovereignty: Quality of the power of the State that allows for free self-determination and self-governance without intervention by another power; in such way that the sovereign State dictates its Constitution and indicates the content of its laws. (Acosta Romero, 1973, p. 2)

---

70 For the Ecuadorian case, the Constitution (2008, p. 16) establishes within the State's essential purposes, "to serve the community, promote prosperity, guarantee the rights and duties of citizens, facilitate the participation of the people in matters of the Nation, defend independence and territorial integrity and ensure peaceful coexistence as well as a fair order," among others.

The Political Constitution of Ecuador (2008, p. 16) in its Article 1 of Title I: Constitutive Elements of the State, states that:

> Ecuador is a constitutional State of rights and justice, social, democratic, sovereign, independent, unitary, intercultural, plurinational and secular. It is organized in the form of a republic and governs in a decentralized manner.
>
> Sovereignty lies with the people, whose will is the foundation of authority, and is exercised through the organs of public power and the forms of direct participation provided for in the Constitution.
>
> The non-renewable natural resources of the State territory belong to its inalienable, sovereign and imprescriptible heritage. (Constitution of Ecuador, 2008, p. 16)

Also the Constitution of 2008 in article 2, determines "the flag, the shield and the national anthem as symbols of the fatherland; Castilian as the official language, and as the official languages of intercultural relations, Castilian, Kichwa and Shuar, guaranteed and respected by the State" (Constitution of Ecuador, 2008, p. 16).

The duties of the Ecuadorian State are defined in article 3 of the Constitution (2008, p. 16), which guarantees: the enjoyment of rights without discrimination, the defense of national sovereignty, national unity in diversity, the right to a culture of peace, security and to live in a democratic society, free of corruption. "The territory of Ecuador is inalienable, irreducible and inviolable. No one shall attack the territorial unity or promote secession" (Constitution of Ecuador, 2008, p. 17).

In addition, regarding the concept of sovereignty, Acosta (1973, p. 49) explains that this can be within and without; also known as supremacy and independence, which gives rise to the terms:

a. Supreme and independent power.

b. Legal and real capacity to decide.

c. Absolute faculty of self-determination.

Sovereignty is therefore indispensable, both for the study of state organization, and the rules of constitutional law that govern it[71]. Finally, "autonomy" is another characteristic in the State, which represents the political organization of issuing its own norms and laws.

6. THE ROLE OF GOVERNMENT

Since there is often a tendency to confuse the concept of State with the Government, and as they are sometimes considered synonymous, a clear differentiation will be established between these two elements.

These two terms: State and Government, present a controversial conception from the perspective of State Theory. In previous sections, the nature of the State and its purpose before society have been clearly described. For its part, the Government arises out of the exercise of state power. It is a part of the State responsible for fulfilling the State's purposes: that is, it exercises political power over society.

Contributions made by various authors, being a political actor as part of a statewide, could manifest conflicts in relation to the exercise of power. In Ecuador, the highest political power is exercised by the executive, as the central government; thus becoming the main executive-administrative institution, playing a central role in the management of the country's decisions, policies and actions.

For Orlandi and Olivieri (1998, p. 15) the idea of Government "is one of those having the greatest antiquity and centrality in the history of political thought, with the reason being that it is closely related to the definition of politics." In this sense, these authors cite Cotta (1995, p. 311) who in his contribution "The Governments" points out that "parties, parliaments, elections, and developed bureaucratic apparatuses may be missing, but not a government structure."

71 Similarly, as explained in Fundamentos de Derecho (2010, p. 1): The distinction between sovereign and non-sovereign states is usually formulated in this way: the former can by themselves, within the limits created or recognized by them, freely establish the content of their own competence; the latter, although rules may be given, only have such power within the limits of their state power. But these limits do not represent a self-limitation, as in the case of the sovereign State, but rather have their foundation in the legal order of the community of which they are a part. (Fundamentos de Derecho, 2010, p. 1)

In general terms, from the point of view of Castelazo (2007, p. 1) “it is accepted that the government is the organization that represents the State for the fulfillment of its objectives and goals.” He also affirms that “one more way to explain the government is by its function, and another is by its organic expression,” by noting that “the government’s effectiveness and depth depends to a large extent on how it is structured” (Castelazo, 2007, p. 1).

In this sense, it is fundamental that the government’s complexity be understood in the face of decision-making in congruence with the social group’s representation; by pushing its performance towards the generation of production of wealth and well-being, distributed in a fair and equitable manner.

6. 1. State and Government

It is necessary to mark a differentiation between form of State and the form of Government.

> The State is a legal institution, a legal person, endowed with legal personality, while the government is the set of State bodies that exercise the functions in which public power is carried out in the state entity to which it pertains (Ramírez Millán , 2011, p. 53).

Consequently, according to Ignacio Burgoa (2002) cited by Ramírez Millán (2011, p. 54)

> The form of State is the mode or way of being of the state entity or institution itself, regardless of what its government is like; that is, notwithstanding the structure of its bodies and the nature and extent of the functions that each one of them completes within that structure. Thus, for example, the republic or the monarchy, which are forms of government, can exist indistinctly in a unitary State or in a Federal State, which are state forms. (Burgoa, 2002, pp. 367-368)

There is then a clear difference between “State” that is transmitted through its institutions, which has an continuity independent of its government, which responds to popular election in the legally defined periods.

For Garita (1999, p. 246), the problems in the Contemporary State arise from the analysis of the difficult coexistence of the forms of the Rule of Law with the contents of the social State."

> He adds that fundamental rights represent the traditional protection of civil liberties: personal, political, and economic freedom, and constitute a defense against State intervention. On the contrary: social rights represent participation rights in political power and in the distribution of the social wealth produced. Thus, the form of State oscillates between freedom and participation. (Garita, 1999, p. 246)

When considering the conceptualization of Garita (1999) , it is emphasized that "the functions of political decision are fundamentally carried out by the Government and by the parliament" (Garita, 1999, p. 253), thus establishing a clarifying difference of the competences between both forms.

According to the Fundamental Principles of the Magna Carta, Article 1 establishes that "Ecuador is a constitutional State of rights and justice, social, democratic, sovereign, independent, unitary, intercultural, plurinational and secular. It is organized in the form of a republic and is governed in a decentralized manner" (Constitution of Ecuador, 2008, p. 16), by explicitly establishing a differentiation between state, government and republic.

6.2. State and Government: classic power structure

In order for the State to reach its goals and achieve its functions, three branches of public power have been created: the legislative, executive and judicial branches. These branches are made up of different bodies with different functions, but they must always be coordinated and collaborated in order to WORK better and achieve those ends. In Ecuador, beginning with the Constitution (2008) these branches extend to the electoral power and the power of citizens.

Political institutions, as part of the State and in the administration of a Government, are the instruments that, based on autonomy, establish the norms with which actions are internally regulated and channeled according societal demands,

According to Benalcázar (2000, p. 25) in his contribution "Analysis of the Economic Development of Ecuador" there are six forms of power that have been manifested in the history of humanity:

> Priestly power, Naked power or Physical force, Power of kings, Revolutionary power, Economic power and Legal power; which have been adapted to the context and according to the reality that the individual has constructed. In the Ecuadorian nation, the forms of power have been adopted as a reflection of the prevailing reality, which arises from somewhat diffuse facts -according to historians- which shows a certain difficulty in understanding processes. (Benalcázar, 2000, p. 25)

In the following years, a social, political and economic structure in the country has been progressively contributed to, which has had a tripartite constitutive state during its long history: Executive, Legislative and Judicial; however, since 2008, two new pillars have been implemented for State functions, which are currently five: 1) Executive Function, 2) Legislative, 3) Judicial, 4) Electoral; and, 5) Transparency and Social Control. (Constitution of Ecuador, 2008, p. 108)

6.3. Institutions and State

From a basic definition, and known as universal coexistence principles, "institutions are mechanisms of a social and cooperative nature, which seek to order and normalize the behavior of a group of individuals of any size, up to coinciding with the whole society" (Convivencia, 2013, p. 1). "In its broadest sense, an institution becomes either the foundation or establishment of something, or what has been instituted and founded" (Definiciones, 2013, p. 1). Similarly, throughout his book "New Institutional Economics," San Emeterio (2006) includes institutions that preeminently play a role of public interest. San Emeterio (2006, p. 71) thus cites North (1993) and states:

> One of the most-used definitions in the literature of the new institutional economy regarding the meaning of institution is established by Douglass North in his book "Institutions, Institutional Change and Economic Performance" (1993). It is a broad definition that extends the concept of institution to all "the rules of the game in a society" or, as he says, "more formally, they are the limitations devised by man that shape human interaction" and

> by consequence, “they structure incentives in human exchange, be it political, social or economic.” (North, 1993, p. 13)

With reference to the classic German historicists, Alonso and Garcimartín (2008, p. 33) as pioneers in institutional doctrine, cite Schmoller (1900, p. 149) who defines the institution as “a set of habits and rules of morality, customs and laws that is at the center of a common goal, which is shared among all these elements and constitutes a system;” in turn, by marking a difference, “by organization, the personal side of an institution is understood.” In short “for Schmoller (Schmoller, 1900, p. 61) the institutions offer firm foundations for shaping social actions over a long period of time,” as explained by Alonso and Garcimartín (2008, p. 35).

Alonso and Garcimartín (2008, p. 35) also refer to an important aspect that merits highlighting in Schmoller’s position (1900, p. 61) regarding the distinction:

> As part of the institutional framework between the rules of customs, those of morals and those of law: the force of custom rests upon public opinion; of moral, upon the conscience of the people; and, that of the Law, upon the State’s power. (Schmoller, 1900, p. 61)

From the criterion of American institutionalists such as Veblen (1899), enunciated by Figueras and Moreno (2013, p. 24) “institutions are, in substance, the habits of thought and action dominant in a social community” (Veblen, 1899, p. 196). In this sense:

> They form two components: on the one hand the instincts, which are fragranced through humanity’s biological and social history, which can be either beneficial or negative for the social collective; and, on the other hand, habits, which are ways of thinking and acting manifested in societies’ evolution. (Veblen, 1899, p. 196)

Opposite to Veblen (1899) is John Commons (1934), cited by Alonso and Garcimartín (2008, p. 37), who establishes a concept of institution from the categories of active organization, activity rules and collective action.

> The individuals belong to very diverse organizations, which are able to unfurl their activity in the economic, political and cultural fields. The State will be the supreme example of an organization. Within

> each organization there are rules of action that can be spontaneous, or conscious and deliberate. (Commons, 1934, p. 648)

For Commons (1934), cited by Alonso and Garcimartín (2008, p. 38) "institutions can be understood as the collective action that controls individual action." The authors explain that "the relationship between institution and individual action is, however, complex, since while the first encloses the field of the second, it also facilitates that the latter be deployed in a context of greater certainty" (Alonso & Garcimartín, 2008, p. 38). More precisely:

> Institutions restrict the freedom of individuals but, on the other hand, they grant them a certain security, since when setting rules of conscious activity, they reduce the margin of discretion for reciprocal responses. Institutions end up turning 'events into present actions'. Therefore, society, which is unpredictable in its evolution, can be controlled to a certain extent by penetrating vision and collective action. (Commons, 1934, p. 648)

According to the studies carried out by Hayek (1899-1992), cited by Alonso and Garcimartín (2008, p. 38), of the Austrian school of economics, "the notion of institutions is associated with those of order and rules." He likewise expliains that "for him, there are orders suggested spontaneously (kosmos) and those which are organized and deliberate (taxis). The organized order is concrete, while the spontaneous order is abstract' (Alonso & Garcimartín, 2008, pp. 38-39).

According to Alonso and Garcimartín (2008, p. 162), Hayek (1899-1992) agrees with other theorists by presupposing that "growth and development should occur outside of social, historical or cultural differences." Understanding that institutions are the true cause of growth and development, then, "the ethnic diversity of a historical-social context is necessarily an obstacle to the growth and development of a country governed by a monocultural State and its institutions" (Alonso & Garcimartín, 2008, p. 162). Ecuador defines itself as a pluricultural State, whose degree of social participation, duly fostered and coordinated, would constitute a pillar of credibility and institutional strengthening, which under Hayek's criteria would allow for a positive evolution.

Two types of institutions can be generally identified: public and private. As State institutions, public institutions have the responsibility

to normalize relations in society. They are fundamental organizations of a State or Nation. On the other hand, private institutions respond to particular interests and are constituted by people - natural or legal - who independently carry out productive activities.

A typology by José Antonio Alonso, in his article for ECLAC entitled "Inequality, Institutions and Progress: a debate between history and the present" (Cepal, 2007), divides institutions into two categories: formal and informal.

> Informal institutions are those that do not have an express definition and are based less on laws and explicit norms than on beliefs, traditions and cultures. Whereas formal institutions are open to public scrutiny and provide a framework of incentives (and penalties) recognizable to society as a whole. (Cepal, 2007, p. 70).

A contribution by José Antonio Alonso for ECLAC (2007) identifies the differentiating characteristics of institutions:

> Informal institutions are more difficult to identify, partly because their stimuli (and penalties) are less explicit and partly because they can be highly specific responses to a particular social group's conditions (a community, for example) and not of the society as a whole. While the former are based on impersonal relationships, giving rise to preferably universal (or multilateral) frameworks of agreement, the latter tend to be more interpersonal, more tacit and based on customs. (Cepal, 2007, p. 70).

For his part, in his contribution to ECLAC (2007) José Antonio Alonso explains the gradual replacement of informal institutions with formal ones:

> The historical process of societies' modernization and the market's progressive dominance tend to lead to a progressive substitution of informal institutions with those having an explicit and formal existence. (...) In a less commercialized economy, as in poorer countries, or in the agricultural sectors of these countries, these types of informal institutions can be relatively efficient, as they are based on customs, knowledge and trust between the agents involved. In this way, they significantly reduce transaction costs, but at the cost of limiting market expansion and the deepening of productive specialization (Cepal, 2007, pp. 70-71).

Furthermore, “In a democratic state, institutions act as mechanisms for social order and cooperation whose primary purpose is to normalize the behavior of the inhabitants of a society living under so-called democracy” (Definiciones, 2013, p. 1).

In this order of ideas, Méndez and Alosilla (2015) in their joint contribution “New Economic History, Institutions and New Institutional History: A brief retrospection” point out that:

> The concept of institution goes beyond the mere mention of an organism, mandate or social group which is lasting, which pursues the realization of common goals and purposes. From the matrix contribution of North (1990), it can be argued that institutions represent the set of arrangements, habits, customs or norms through which individuals in some societies govern their social and economic relations. (Méndez Reátegui & Alosilla Díaz, 2015, p. 2).

These authors cite that according to Hayek (1964, p. 340) “this conceptual relaunch has served to explore the evolutionary character of the institutions and the fundamental importance of the time factor as a determining variable in social change and evolution.”

In response to the foregoing, it can be concluded that all states, without exception, have their own institutions in order to establish their relationship with the population, and at the same time to be instruments for decision making and execution of the society’s demands.

The division of powers arises: in the case of Ecuador, fundamentally the executive, legislative and judicial powers, which have complemented each other since 2008 with the electoral, control and citizen participation powers.

This division of powers gives rise to the formation of institutions that allow the execution of actions in response to the society’s demands in function of the state economy’s consolidation.

It is important to note that the good functioning of public institutions depends on their image and reputation. We must therefore remember that institutions are managed and administered by human beings and this frequently makes them vulnerable to decisions and manipulations that respond to the individual rather than the collective will. Thus,

the institutions' image and reputation will depend on how and by whom they are administered.

6.3.1. The State as Institution

The State is the basic institution of every society: "an institution on which much of the rest of a country's institutional framework rests" (Alonso & Garcimartín, 2008, p. 32). "Of the multiple functions performed by this institutional framework, fundamentally those related to the promotion and development of the markets," Alonso and Garcimartín (2008, p. 188) focus on five of these that correspond to the State:

a. Provide and guarantee the basic economic rights that make up the normative space in which agents operate. In a market economy, this regulatory framework is articulated around the defense of property rights and the promotion of the legal security of contracts.

b. Promote competition, correcting those distortions that affect adequate market competition. In this area, the State must avoid the formation of monopolies, regulate public services and encourage competition in order to allow the market to function properly.

c. Promote the coordination and promotion of markets, correcting failures related to the existence of externalities, imperfect information, problems of coordination and indivisibility of investment and provision of goods that are by nature partially public. In this area, the addressing of environmental problems, financial and insurance regulation, technological promotion and industrial policy is considered.

d. Guarantee the conditions of macroeconomic stability, so that cyclical disturbances are reduced and the possibility of crisis is removed, allowing a continuous process of improvement of society's welfare levels.

e. Promote social cohesion and conflict management by bringing the distribution of income and wealth closer to that considered socially desirable, through mechanisms to promote social cohesion, redistribution of the fruits of progress and security for those facing adversity. (Garcimartín 2008, p, pp. 188-189)

Table 2: Institutions for market development

Fundamental axes	
Institutions for market development	Definition and protection of basic economic rights.
	Promotion of competition in markets.
	Correction of coordination problems and of other market failures.
	Promotion of stability and economic growth.
	Social cohesion and effective management of distributive

Source: Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), based on data from the World Trade Organization (WTO) and the International Monetary Fund (IMF)
Elaboration: CEPAL

Along the same lines, the text by Méndez y Alosilla (2015, p. 1) points out "the homogenous tendency that economic history has followed since the mid-century, which has been clearly influenced by the introduction of what North (2005) defines as a heterogeneous belief system."[72]

The system of beliefs or ideology and cultural differences, and their influence on growth, is of great relevance. Méndez and Alosilla (2015, p. 4) refer to North (2005) in relation to this ideology:

> Belief systems are made up of organized and integrated, and more or less coherent, explanations and of the world around us. But these systems are more than an attempt to reason from the particular to the general (...) because they contain a normative element. Not

72 According to North (2005), human beings manifest a clear propensity to build beliefs about the nature of the reality of their social system. This appreciation also applies to the construction of an economic-political system; that is, a positive and normative model. Those beliefs that acquire a dominant character will represent the institutional matrix of a society or system that establishes the guidelines for performance of the social fabric.

> only do they set out to explain the world around us, but also to explain how the world ought be ordered. (Méndez Reátegui & Alosilla Díaz, 2013, p. 4)

Méndez and Alosilla (2015, p. 4) they also point out that the New Institutional Economy (NEI) interprets "the relations between governors and the governed as exchange relationships in which the sovereign power tries to maximize income and stay in power, while its subjects try to maximize profits from their economic activities, and maintain their freedom of trade."

> In conjunction with the New Growth Economy, little by little we identified which variables had historically determined certain countries' economic growth. Following this argument, it has been emphatically determined that institutional framework is the best explanation of the current differences in income between countries. (Méndez Reátegui & Alosilla Díaz, 2015, p. 6).

Establishing the importance of institutions for the market process and cohesion of the social fabric not only broadened the research spectrum. "The progressive interest in the empirical testing of the relationship between institutions and growth led to an excessive use of aggregate indicators, some of them arbitrary" (San Emeterio Martín, 2006, p. 71).

The interest in a "holistic"[73] conception of development is thus manifested, something far more complex than the interaction of economic variables, which incorporates difficult-to-quantify elements into the analysis, such as good governance and the creation or reform of institutions.

With reference to the document by Alonso and Garcimartín (2008, p. 142) for a developing country, whose institutional building must be supported on fragile bases, the process is particulary serious. While it is possible to initiate development even though some institutions do not respond to an optimum of efficiency, there is a danger that the institutional inefficiency in critical areas can inhibit stimuli to sustain

---

73 Holistic The RAE defines it as belonging or relative to holism, which is described as a doctrine that advocates the conception of each reality as a whole distinct from the sum of the parts that comprise it.

medium-term development. Some identify this as the "start" of the development process and its "sustainability" over time.

It is important to highlight that a developed country is endowed with institutions with strengthened characteristics. The role of public institutions is preponderant to the country's economic development, since it is the institutions that should generate the ideal conditions for good living, sustained in growth and social development. Alonso and Garcimartín (2008, p. 156) explain perfectly what occurs in real world institutional building. On the other hand, they emphasize the "continuity of development", which allows society to experiment and improve institutions.

In this way, it is essential that institutions be consolidated under a politically firm structure, based on credibility and stability; elements that strengthen them before a belief system that positions their image and reputation. To carry this out effectively, it is necessary to establish tools, such as communication, that allow the institution to be established and positioned at said level of credibility to face any scenario -including that of negotiation- which projects a harmonious, social growth.

7. PUBLIC IMAGE AND REPUTATION

To speak of an image in regards to a referent, in any situation, must be based on understanding the identity and culture. Thus, within the scope of the organization, the group is included within the idea of recognition of its identity to go through the empowerment and involvement of the group to attain an organizational culture that results in the image of a consolidated and credible institution.

In the social context, a country's image is constructed from its intrapersonal nucleus; that is, starting from the individual's interior, and expanding to the influence of various factors regarding the family, social, economic and academic environments, which come together in appropriation of the territory, and define individual and societal behavior. Recognizing oneself in the essence of one's roots, within a territory in which the satisfaction of needs is attended to, contributes in assuming the identity of a nation, which in turn leads to an acceptance of its diverse forms, habits and customs, which create a unified view of the country, its culture and manifestations. In Ecuador, an intense campaign has been implemented to build the

country's identity and culture. Various persuasive elements have thus been used to bolster the country brand "Ecuador, Love Life"[74]. Several definitions of image have been presented over time, but they share common ideas. Sanz de la Tajada (2003, p. 43) states that the image is:

> The set of mental representations, both affective and rational, that an individual or group of individuals associate with a specific brand of a given product; this representation is the result of the experiences, beliefs, attitudes, feelings and information that said group of individuals associates with the brand in question. (Sanz de la Tajada, 2003, p. 43)

Jiménez and Rodríguez (2007) in their book "Communication " present some important definitions about image; among them they quotes Aaker (1997, p. 100) who believes that "the image is the way in which the brand is perceived by consumers" (Jiménez & Rodríguez, 2007, p. 44). "Aaker's model (1997) revolutionizes the conceptions of image management through marketing, considers brand value as a combination of knowledge, loyalty and brand associations that add up to increased value" (Jiménez & Rodríguez, 2007, p. 44).

For authors such as Kotler and Keller (2005, p. 50), as explained by Jiménez and Rodríguez (2007, p. 44), "the image is the way the public perceives the company or its products." From the criterion of Cerviño (2002, p. 28) "brand image focuses on how the target audience imagines the brand, how it perceives and decodes the discourses transmitted through its products, services, communication, logos, etc."

Jiménez and Rodríguez (2007) understand the image as:

> The result of an accumulation, evaluation and association process developed in the minds of individuals. The image allows the subject's cognitive structure to be configured, and orders and gives meaning to a wide set of unconnected information that, from different sources, have as a common point being relative or related to the brand or name of the company or product. (Jiménez & Rodríguez, 2007, p. 45)

---

74 "Ecuador, Love Life". In 2001, Ecuador's first attempt to become a brand, called "Life in a Pure State." A natural image of the country was created; however it was not used to its full potential and people were not able to clearly remember the brand.

To paraphrase Jiménez and Rodríguez (2007) a positive organizational image -understanding the State as an organized system of interaction- will increase the probability that the subject will develop a favorable attitude and a loyal behavior towards the organization and its products.

In the opinion of Peralta (2004, p. 1) “for people, companies, institutions, parties, and organizations, it is very important to note the impact of their public image, as this represents a fundamental aspect of the strategic communications established by the communicative actors.”

The public image is understood as “the dominant perception that a community establishes with respect to an actor, institution or cultural reference, based on the impressions and public information received” (Peralta, 2016, p. 2).

It is thus necessary to understand the level of relevance of the public image and the inherence of communicative intervention for its success in social perception. Planning, coordination and production then requires the communicative elements that will seek an effective response.

From the perspective of Peralta (2016, p. 1) regarding the concept of public image, it is essential that three aspects be kept in mind:

1) The image represents an internal effect in which some external factors, conditioning a sense of expressivity, intervene,

2) The public image represents a judgment of cultural value; and,

3) The development of a public image involves a process of directed communication. (Peralta, 2016, p. 1)

In addition, it is understood that public image depends on who administers it and how it is administered; it then develops between “two possible scenarios: personal image and institutional image. Intervention in the public image forces the repair in some aspects that ultimately determine the image of credibility: physical image, professional image, verbal image, visual image, audiovisual image and environmental image” (Peralta, 2004, p. 2).

From the psychological point of view, certain differences arise between personal image and institutional image which affect the public image. Based on temporality, the reputation carried by a personal

image (individual) is thus much more vulnerable to being forgotten and supplanted with the passage of time in contrast to the institutional image, in which image determines a reputation which is much more difficult -and in some cases impossible- to transform, change or improve.

Institutional image represents a group of people and the influence of their actions and covers an entire society in their interests and needs; its degradation is thus far more exposed to general questioning and can be perpetuated by the absence of strategic actions.

An organization, as well as a nation through its governments, implements image sustainability and strengthening mechanisms; an acceptable image for their publics. They establish strategies and tactics that contribute to the positive reputation, and which allow for closeness, credibility and trust.

Also "The concept of corporate reputation, which does not differ from the concept of organizational reputation, is subsidiary to the idea of stakeholders"[75] (Freeman, 1984, p. 25). For Freeman (1984, p. 25) "the stakeholders are any group or individual that can affect or be affected by achievement of the company's objectives."

For Charles Fombrun (1996) of the Stern School of Business in New York, cited by Villafañe (2015, p. 2), "reputation is always associated with its stakeholders: it is the consequence of the ability to relate to them, the rational and emotional union between the company and its stakeholders."

Villafañe (2015, p. 2) refers to Antonio López, director of communication and image for BBVA, who points out that "reputation" "results from the harmonious relationship between corporate identity and image, that is, it is the result of the consolidation of the image."

It is important to emphasize that the consolidation of a positive reputation allows for an image's balance and strengthening. Joan Costa (2010, p. 10), creator and director of the Corporate Reputation

75 Stakeholders, English term used for the first time in 1708. Employed and modified by Freeman who proposes two definitions. A broad definition that includes groups that are friendly or hostile; and, a broad definition that identifies any identifiable group or individual that may affect the achievement of an organization's objectives or that is affected by the achievement of an organization's objectives (interest groups.

Course - Dircom, points out that "reputation, credibility and trust are in question in the economic, political and institutional spheres. And the fact that big companies and institutions appear in reputation rankings is still striking." He also shares that "corporate reputation is today a strategic asset of primary importance for companies and organizations, both public and private. Like all intangible assets, Reputation management is a tributary to the company's Identity, Organizational Culture and Public Image" (Costa, 2010, p. 10).

It is thus of great importance that the country brand "Ecuador, love life," as a national identity element, stimulates and increases a positive reputation both internally and externally, thereby serving as a benchmark for trust and certainty.

In addition, "Reputation improves economic results, as numerous and recent investigations conclude. Thus, according to Vergin and Qoronfleh (1998, p. 62), cited by Villafañe (2015, p. 3), "there is a direct relationship between reputation and stock market value. This study examines the stock market trends of the companies on Fortune lists from 1983 to 1997." They analysis, he explains, "reflects that the future stock market behavior of these companies is directly related to reputation" (Villafañe, 2015, p. 3).

8. NEGOTIATIONS IN THE INTERNATIONAL CONTEXT

It is important to enter into the negotiations framework, with start in international relations. By going through the mainly European historiographic currents, which allowed for advances to be made in the conceptualization of international relations, it is understood that their identification and formation have their roots in the European scenario. Out of this conceptualization, we can understand the progress and the current situation of international relations. Thus, a contrast is made from the retrospective to the present regarding theories that, in addition to a conceptualization, allow for a clearer understanding of the international scenario.

From the twentieth century onwards, the idea of international relations reflected a larger and more complex social universe, which could no longer be reduced to "interstate relations": the classic axial axis of international relations, according to Raymond Aron. In effect, from that point on, the already classic "international relations" will be

developed, that is, the relations established between individuals and groups belongong to different nations; and “transnational relations”, established across borders, which are conditioned by groups or organizations not necessarily linked to a political entity.

> International relations encompass the set of social relations that make up international society, both those of a political nature and those that are non-political, be they economic, cultural, humanitarian, religious, etc.; both those occuring between States and those that take place among other actors of the international society, and between these and the States. In this way ... it can be said, in principle, that international relations is the science which deals with international society. (Villalobos & Fernández, 2005).

Juan Carlos Pereira (2001, p. 3) asserts that the history of international relations:

> ... should be the scientific and global study of the historical relations that have developed between men, states and supranational collectivities within the international society, from which we intend to outline the place that corresponds to History in that very aptly called “science of international society.” (Pereira Castañares, 2001, p. 12)

Celestino del Arenal (1991) complements this perspective and explains that:

> International law, the first scientific discipline that in the field of international relations is configured as such, starts only from the sixteenth century onwards. International law will follow diplomatic history and, in parallel with this, if indeed modestly, diplomacy will be developed, understood by some authors as science. (Del Arenal C., 1991, p. 45)

This refers to diplomacy understood as one of the bases for international relations and negotiations, leading to a common goal between states. The second decade of the twentieth century had its main matrix within this diplomatic history, beginning with the Treaty of Versailles and developing during the context of the post-war 40s. As stated by Celestino del Arenal (1991, pp. 45-65) “from the First World War on (...) the studies begin to become aware of important changes.”

As previously summerized regarding the difficulties presented by institutions; at the time that these international relations come into existance and gradually increase, states create contrapositions and difficulties which trigger certain controversies and conflicts; it is here that the application of diplomacy as a strategy to negotiate agreements gains relevance.

Celestino del Arenal (1983, p. 501) states that "the traditional consideration of international relations as in a state of nature, as opposed to the state of order that is considered to characterize state society, has further accentuated the power game in international life..."

Del Arenal (1983, pp. 501-502) explains that "the two main lines of thought which have traditionally dominated the consideration of international relations, the realist and the idealist, have always revolved around the phenomenon of power."

Del Arenal (1983, p. 515) in his article on power and international relations "observes as antagonistic the notions of 'conflict' and 'cooperation', and states that "power refers only to situations of conflict, with its most radical and simplifying manifestation in the conception of power as a zero-sum game."

> This dichotomy between conflict and cooperation is not admissible, since, as numerous authors have pointed out, there are no pure situations of conflict or cooperation, but in reality all situations simultaneously contain elements of conflict and cooperation. (Del Arenal C., 1983, p. 516)

9. INSTITUTIONS, CONFLICTS AND INTERNATIONAL CONTROVERSIES

The role of institutions as a factor in economic development calls for the divergence of interests and therefore creates difficulties in relationships that can lead to conflicts. According to Fernando Milia (1985), cited by Durán Sáenz (2010):

> Conflict consists of a confrontation, clash or intentional disagreement between two entities or groups of the same species that manifest a hostile intention against one another, in general in regards to a right and those who, in order to maintain, affirm

or reestablish said right, try to break the resistance of the other, eventually resorting to violence, which may eventually lead to the physical annihilation of the other. (Durán Sáenz, 2010, p. 1)

Javier Gobbi (2006, p. 1) enunciates Julien Freund (1968) who explains the existence of "the relationship of command-obedience; the public-private relationship; and the friend-foe relationship. The first constitutes the basic budget in general policies, the second instead concerns domestic policy, and the third, foreign policy.

From a controversial point of view, Durán Sáenz (2010, p. 1) referring to the command-obedience relation, "divides the human universe into two categories of men: those who rule and those who obey. The public-private and friend-enemy couplings have a role, somewhat different."

Durán (2010, p. 2) mentions Raymond Aron's position (1996, pp. 266-267), who points out that "not only the class struggle explains the state's conflictive behavior; there are socio-cultural and ideological variables that also play an important role."

Durán Sáenz (2010, p. 5) identifies three types of conflict:

1. *Non-violent conflict:* neither side resorts to violence, explicitly or implicitly.

2. *Para-violent Conflicts:* force is not used in the actions taking place, but can be taken into account as a valid alternative.

3. *Violent conflicts:* in this case, at least one of the sides employs violence, dynamically or structurally.

The author stresses, in all cases, that it is interesting to note that the transversal language as the primary solution mechanism is "communication", since the dialogue allows the parties' positions and needs to be understood, which leads to a balance point in the participation and decision.

When referring to communication, language emerges as a key aspect in the effective solution to differences, controversies or conflicts, since it makes the message of communication even more effective, and responds not only to interests but also to the permanent search for solutions and peace.

Communication has come to break traditional paradigms, and nowadays it is a highly effective instrument in conflict resolution. This is mainly promoted through the new Information and Communication Technologies (ICT) that revolutionized the world by overcoming barriers and distances; and which modify interpersonal language, imprint a metalanguage that promotes and facilitates participation and conflict mediation and resolution. That is, a new world order has been established.

For Durán Sáenz (2010, p. 3) in the new world order, without borders or ideologies, conflict could be contextualized as follows:

1. Commercial methods have displaced militaristic methods.

2. The conflict's logic will be expressed by the grammar of commerce.

3. Territorial distribution becomes temporal distribution.

In this new scenario, Durán Sáenz (2010, p. 3) states that "in line with the post-industrial society, knowledge management or knowledge society of the third wave, the strategic military axis has ceded territory to valoration of the economic axis."

> With the advance of telecommunications, space seems to transmute into the notion of time. The market is no longer the site in which bidders and petitioners converge, but the moments in which they make contact. The war is not body to body, speed is winning the race. The space no longer exists; but rather depands upon the speed. (Durán Sáenz, 2010, p. 3)

What is important in conflict resolution is that it emerges as an alternative for mutual agreement, that occurs in the shortest possible time. The dilation of time also leads to dialation of the problem, and can lead to a more permanent crisis situation.

Crisis handling is a measure in many aspects parallel to the limited war. It includes both the positive, or traditional, aim of securing national objectives, as well as the negative purpose of ensuring that the situation does not get out of hand and lead to war.

Today, due to the danger of a rapid internationalization of conflicts, on the one hand, and the sophistication of weapons, on the other, the

emphasis is on crisis control. Control of a crisis situation generally turns to communication as an immediate, lower cost tool, which has a greater degree of effectiveness. However, crisis situations focus on two levels of resolution: either being an opportunity for change to increase tactical possibilities, or a definitive fall into a situation of chaos that can lead to the need to start from scratch.

9.1. Conflicts and Resolution Mechanisms

Public International Law or the Right of the People, according to Gobbi (2006, p. 2), “today offers seven means of peaceful solution for disputes between States: negotiation, good offices, mediation, survey, conciliation, arbitration and legal settlement.”

> The first five have extrajudicial character, as they are practiced outside of any pre-existing jurisdictional authority. All can be used by the States themselves, in their sole capacity as members of the international community, or with the intervention of the United Nations Organization or other intergovernmental organizations. (Gobbi, 2006, p. 2)

Gobbi (2006, p. 2) states that “the most widely used methods for the peaceful settlement of disputes could be classified into three types”:

1. *Diplomatic:* the solution is achieved with the agreement of the parties; this can be negotiation, good offices, mediation, investigation and conciliation.

2. *Jurisdictional:* the settlement is dictated by an independent third party and is mandatory.

3. *International organizations:* these represent the mediation mechanism.

It is important to clarify that in the specific case of Arbitration, as a mechanism for resolving conflicts, according to Gobbi (2006, p. 3) this is a quasi-judicial procedure in which the parties designate who will analyze the parties’ approach, and reach a binding decision called the “arbitration award” which is unappealable and mandatory. There are differences between these mechanisms: in negotiation a third party does not intervene, but in the other two it intervenes, making it a type of mediator and/or conciliator. All mechanisms imply that the State

parties can interrupt the process at any time, and the final decision will be in the form of a report, therefore making it non-binding. They can therefore be classified as non-binding mechanisms.

Progressively influenced by globalization and ICT, interdependent relationships in the world are increasingly dynamic, and with this, so are their conflicts. That is why -fundamentally- in the last two decades this same dynamic has generated more frequent and diverse difficulties among the states that have demanded short-term solutions. As a result, courts are saturated by the rapid increase in cases to be reviewed, in the process of analysis, and pending resolution.

In the eighties, both experts and managers rated Alternative Dispute Resolution (ADR) as a reasonable and economical way to prevent companies from going to court and keep them away from the kind of litigation that devastated winners and losers alike.

Initially, there were certain drawbacks with the way in which ADR was applied, due to the excessive procedures: motions, reports, discovery, statements, and lawyers, which brought into question ADR's effectiveness; however, due to the changes made, it currently represents one of the best options for companies to resolve conflicts and reduce the costs of legal procedures. Currently, not only are peripheral conflicts resolved, but also those having relevance in relations and negotiations.

> Gradually, this practice has become almost a requirement on the part of companies, which state that their commercial contracts must include a clause specifying that ADR will be the initial and preferred method to resolve any disputes that may arise. Companies are organized according to conflict resolution, which allows for the appearance of a company ombudsman with specific training in problem solving, conflict avoidance, negotiation and litigation resolution, who registers and oversees all claims arising both in favor of and against the company. Each case is initially analyzed to determine if it is liable to be assigned to an arbitration or litigation process. Performance indicators ensure that the procedure is effective. (Schmidt, et al., 2001)

9.2. International Negotiations

According to the diplomat Hernán Escudero (2015), in one of his lectures on international negotiations, the entire nineteenth century functioned with the concept of the existing balance of power, based on alliances; and this came to an end when the First World War broke out, leaving 40 million victims. Negotiations take place at the 1919 Conference of Paris, following the armistice in 1918, in which 27 states participated and which was based on the 1919 Treaty of Versailles. The main powers at the time represented the ¾ of the world's population. It was the first foreign trip for a sitting United States president.

A central aspect from the viewpoint of ideological conceptions is that which brings US President Wilson to the Paris Conference, under an idealistic vision. He made this proposal based on a plan developed as a result of the disaster that was the First World War[76].

The rules of the game of international relations between states should be changed, which meant moving from a policy privileging certain groups of power, towards a vision in which the principle of "collective security" prevails, expressed from an international organization, with participation of all the free and independent states.

For Escudero (2015) negotiation "is the process by which two or more parties meet to discuss or establish a contract, define the guidelines of an employment relationship, resolve differences, establish costs, and formulate a schedule, among other activities." It also describes certain characteristics.

1. Negotiating is informing oneself and communicating, even before arguing. In order to be well-informed, it is necessary to know how to formulate the questions and answers.

2. Closed questions are those that try to provoke specific answers, which leave the interrogated party with few choices. What's your name?

3. Open questions solicit opinions and invite the speaker to express themselves regarding a common thread contained by the questions, with very little coercion.

76 Another important aspect of Wilson's fourteen points was that of "Free determination of peoples."

Fisher and Ury (1991, p. 20) in the book "Yes, Agreed! How to negotiate without giving up" point out that "negotiation is a method by which you get what you want from the other" and to achieve this result it is important that several interdependent factors be developed.

Obtaining what is wanted from the other will depend to a large extent on the way in which the parties involved in a negotiation apply these factors, and how they are identified within each of the issues.

Driven by the globalization process, human beings individually and collectively, as states or societies, cotinually seek to obtain something from the other. For some this result is easier, while for others the interlocutor's skill and dexterity can complicate the goal.

Likewise, "In recent decades, States have gone the direction of on-going negotiation processes with other States, or with large and small corporations, in search of eliminating trade barriers, obtaining mutual benefits and exchanging capital, technology, knowledge, products and services" (Fisher , Ury, & Patton, 1991, p. 50). This allows experience and skills to be obtained that lead to more effective results.

Fisher and Ury (1991) establish the individual's negotiating character:

> In the world, negotiations occur every day, and people negotiate even when they do not realize what they are doing. Negotiation is a basic means to achieve what we want from others. It is a two-way communication to reach an agreement when common interests are shared, but there are also some opposites. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 9).

There are different moments, circumstances and scenarios in which negotiation is required. The differences between people -and states- require timely and effective negotiation criteria for resolution. Clearly, each negotiation is different, but the basic core is maintained. This is why models are easily adapted, such as the one presented by Fisher and Ury, of the Harvard school.

10. MODELS AND TYPES OF NEGOTIATIONS

The types of negotiations are directly linked to styles imposed by their cultural nature. The motivating orientations for negotiators can derive from cultural values, and this in turn is reflected in an entire society's objectives. These reasons could identify the characteristics identified in the Latin American, European, Asian, North American, etc., negotiation styles. There are thus certain theories that define being particularizations at the moment of negotiation.

It is important to highlight the valuable contributions made by the theorists Geert Hofstede (1983) and Edward Hall (1989) during the 60s and 70s, who delivered an identification of cultures through an investigation which "showed five dimensions applicable to all of the world's cultures" (Sapienza, 2006, p. 2).

a. High Context - Low Context

b. Power - Distance

c. Colectivista - Individualista

d. Female - Male

e. Evasion of Uncertainty

Consequently, Hall (1989), cited by García Prince (2010, p. 1), defines two types of cultures depending on the context:

1. *High Context Cultures (CCA).* They are those where the context is more important than the words. In these type of cultures, the word is not decisive and legal documents are used less; that causes negotiations to be slower. Social position is determinant, as is the knowledge about it.

2. *Low Context Culture (CCB).* In these cultures, messages are explicit and words convey most of the information. Los documentos legales se consideran indispensables. For Hall and Hofstede (2006), explained by Sapienza (2006, p. 2) "Low context cultures assign primordial meaning to the communication's objective message, and secondarily to the context's meaning, and emphasize speed, accuracy and efficiency in communication".

Within the contextual, according to Hall and Hofstede (2006) negotiations have a both a monochromatic and a polychromatic meaning in relation to time.

> It should also be considered that "In the monochromatic culture, time is perceived in a linear way. Monochromatic (or monochromic) cultures are organized around a calendar, and emphasize punctuality. Low context cultures tend to be monochromatic" (Sapienza, 2006, p. 2).

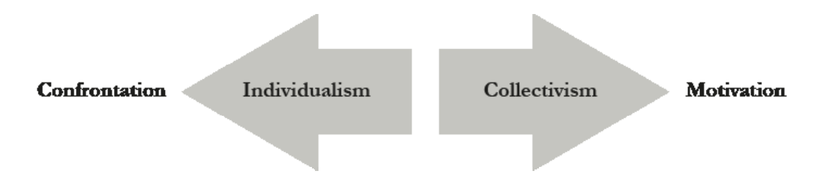
In polychromatic cultures, there are many things that happen at the same time. Events are organized and recalled in a circular way. In certain polychromatic societies, the past is not something that should be forgotten, but rather, past events continue to evolve and develop in the present. Polychromic cultures tend to be high context. (Sapienza, 2006, p. 2).

On the other hand, Mauricio Alice (2010), cited by García (2010, p. 1), points out with regard to the theories of Hall and Hofstede (2006) that "from other visions the relationships between culture and negotiation are analyzed from the perspective of the predominant values of individualism and collectivism, and egalitarianism versus hierarchy in the intercultural parts".

Thus, García Prince (2010, p. 1) explains that "individualist cultures emphasize self-interest, while collectivist cultures emphasize the interests of the whole. These polarities are added to the previously mentioned low and high contexts for the analysis."

> Individualism vs. collectivism distinguishes the cultures that place individual needs above the collective needs, from those cultures that give priority to the group's needs over those of individuals. In individualistic cultures, norms promote the interdependence of individuals by emphasizing social obligations. Members of individualist and collectivist cultures differ in many ways. The figure suggests that behaviors of both confrontation and motivation can arise out of this cultural value. Consequently, resistance to direct confrontation in a negotiation can derive from the emphasis on cooperation in collectivist cultures. (García Prince, 2010, pp. 1-2)

Diagram 1: Negotiation "Individualism vs. Collectivism"



Source: Garcia Prince (2010)
Elaboration: By the autor

The negotiation models are specific types that, having their own characteristics, differ from each other. Among others, some models enunciated by Aldao-Zapiola (2014) stand out in the document on negotiation and components, provided in the catalog of the International Text Organization, in its chapter XII: "Competitive and Cooperative Models" (Aldao-Zapiola, 2014, pp. 241-242) which can be shared with each other when applied by different types of negotiators.

a. Win at all costs (H. Cohen)

b. Win-Lose

c. Clausewitziano (C. Aldao-Zapiola)

- Negotiate Without Giving In (R. Fisher and W. Ury) BATNA
- Effective Negotiation (D. Seltz and A. Modica)
- Eight Step Model (G. Kennedy; J. Benson and J. McMillan)
- Win - Win (F. Jandt and P. Gillette)
- Effective Negotiation (Huthwaite Research Group).
- Negotiating social satisfacción mutua (H. Cohen)
- Cooperative Model (G. Nierenberg).
- Systemic Negotiation (M. Schilling). (Aldao-Zapiola, 2014, pp. 241-242)

For Aldao-Zapiola (2014, p. 242) the different models can be grouped into "two very defined styles, which constitute the basic archetypes of how to negotiate: the competitive model and the cooperative model."

Table 3: Negotiation Models"

Group	Subgroups
Competitive Model	Win at all costs Win-Lose Clausewitziano
Cooperative Model	Negotiate Without Giving In Effective Negotiation Effective Negotiation Negotiate for Mutual Satisfaction Win-Win Eight Step Model Cooperative Model

Source: Aldao-Zapiola (2014)
Elaboration: By the autor

According to Cohen (1983), as explained by Aldao-Zapiola (2014, p. 243) in order to develop both models -competitive and cooperative- they are respectively described under the terminology "win at all costs" and "negotiate for mutual satisfaction."

1. Competitive Model

This model has been described by Cohen (1983) as "winning at all costs." It characterizes negotiation as a zero-sum game. "The win-lose competitive approach occurs when an individual or group tries to achieve their objectives at the expense of an adversary" (Aldao-Zapiola, 2014, p. 5).

2. Cooperative Model

On the other hand, Aldao-Zapiola (2014, pp. 247-248), reflects on that defined by Cohen (1983) in relation to the cooperative, and identifies it as the model called "win-win" or "mutual satisfaction."

“It basically consists of the negotiators reaching an advantageous agreement for both parties and a total or very important victory of one over the other. Both should feel that they have won something and the result of the negotiation should provide benefits acceptable to both parties” (Aldao-Zapiola, 2014, p. 247).

In addition, “Win-win in negotiation involves getting the parties to a negotiation to invest all their skills and means to collectively obtain benefits that they would not achieve on their own” (Aldao-Zapiola, 2014, p. 248). Within the models of negotiation mainly applied, is that of Harvard, set forth by Fisher, Ury and Patton (1991) who in their book “Yes, Agreed! How to negotiate without giving in” identify two styles of negotiation: soft and hard. “According to principles developed in the Harvard Negotiation Project, this negotiation method (...) is hard for arguments and soft for people, does not use tricks or poses” (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 10).

1. Soft Negotiations: “Use a soft and friendly form in position-based negotiation, makes anyone who plays the hard version vulnerable, since in this class of negotiation, the hard game dominates the soft” (Fisher, Ury, & Patton , 1991, p. 16).

2. Hard Negotiations: “o to the substance, in order to present proposals for the resolution of the conflict” (Escudero, 2015)

Likewise, according to Escudero (2015), the negotiation and exchange process has two sides:

First, integrative negotiation: processes that seek the best agreement.

Second, haggling or distributive negotiation (tug of war). Process by which each party seeks the best agreement for itself. Social Spangler (2003, p. 1) “The distributive negotiation model, also called ‘claiming value’, ‘zero sum’, or the ‘win-lose’ negotiation, is a competitive negotiation strategy used to decide how to distribute a fixed resource, such as money.” In addition, distributive negotiation, says Escudero (2015), is important because there are certain differences that can not be resolved any other way, and which are inherently zero-sum. He explains that if risks are high, these conflicts can be highly resistant to resolution. For example, if budgets in a government agency should be cut to thirty percent, and people’s employment is at stake, such a decision is likely to be very difficult.

However, if the cuts are small enough that the impact on employees will be smaller, this type of distributive decision can be made more easily. According to Escudero (2015), even in cooperation negotiations, distributive negotiation will come into play. Distributive negotiation and integrative negotiation are not mutually exclusive negotiation strategies. Integrative negotiation is a good way to make the pie (joint value) as big as possible; but ultimately, the parties must distribute the value created. If they are able to expand the pie sufficiently, distribution is easy; it becomes complicated, however, if it is not possible to give each side what it wants. The pros and cons of distributive negotiation. Some conflict resolution theorists believe distributive bargaining to be unnecessary. Any conflict, they argue, can be resolved cooperatively through integration negotiation. For example, in his book Getting to Yes! , Fisher, Ury and Patton (1991) argue that, creatively, litigants can almost always work together to "expand the pie" and create results benefiting both parties. The parties make the decisions together so that they obtain the best possible result. Distributive negotiation has also been criticized because it tends to lead to destructive actions and sometimes forces the parties involved to focus too much on their differences. If people want to maintain a good relationship with others, they should take a comprehensive approach to distribution, as well as expansion of the pie. (Spangler, 2003, p. 2). However, there are cases in which the "negotiator wants to maximize the value obtained in one area and in which the relationship with the other party is not important" (Escudero, 2015), where the tactics of distributive negotiation can be very useful.

10.1. Other Models: Negotiation according to the Harvard Model

The negotiation model presented by Fisher, Ury and Patton (1991, p. 10), known as the Harvard Model, "defines the most appropriate mechanisms to reach a favorable resolution between parties that have a win-win goal. It is translated as the management of differences of mutual benefit. It is a third alternative that is neither hard nor soft."

> The negotiation method according to principles developed in the Harvard Negotiation project is to establish the problems based to their merits, instead of deciding them through a bargaining process focused on what each party says they will or will not do. This method is hard for arguments and soft for people. Does not use tricks or poses. It shows how to obtain rights in the negotiation while at the same time being decent and fair. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 11).

Fisher, Ury and Patton (1991, pp. 12-51) establishes certain conditions presented in the Harvard model:

1. Do not negotiate based on positions

Whether a negotiation refers to a contract, a family disagreement, or a peace treaty between nations, it is common for people to negotiate based on positions. Each side assumes a position, argues in its favor, and makes concessions to reach a compromise. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 12)

2. Separate the people and the problem

Unless you have good reason to trust someone, do not trust them. This does not mean calling the other a liar; it means that negotiation must be conducted independently of trust. Do not let anyone interpret your doubts as personal attacks. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 109)

3. Concentrate on interests, not positions

Since the problem seems to be a conflict of positions between the parties, and since their goal is to agree on a position, they naturally tend to think and talk about positions; and in doing so, they often reach an impasse. The difference between positions and interests is fundamental. Interests define the problem. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 39)

4. Come up with mutual benefit options

The problem is common. It seems that none of the possible ways of distributing the pie will satisfy both parties. The ability to come up with options is one of the most useful for a negotiator. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 51)

5. Insist that criteria be objective

If the attempt to solve differences of interests based on will has such high costs, the solution is to negotiate based on something independent of the parties' will - that is, on the basis of objective criteria. (Fisher, Ury, & Patton, 1991, p. 70)

11. ECUADOR: IMAGE AND INTERNATIONAL PERCEPTION

In the analysis carried out in the book *"Comercio exterior: Alternativas para Ecuador"*, edited by Javier Ponce Leiva (2005, p. 72), the "urgent need for Ecuador to have specialized technicians, although this implies a long-term objective", is clearly stated; and, a negotiation strategy that allows for obtaining maximum results and benefits at the negotiation table.

Various experts agree with this opinion, and thus it is important to separate negotiating teams from political decisions, which would lead to a progression and understanding regarding the topics to be discussed; at the same time, it would encourage and facilitate short-term preparation of Ecuadorian representatives prior to each negotiating meeting, in order to avoid any type of improvisation in the enunciation and defense of the national position.

In his book, Ponce Leiva (2005, p. 72), includes the criterion created by Luis Espinoza Salas, who in his analysis makes an interesting "country perception":

> One of the non-quantifiable elements that can most harm participation in international forums is the international perception of a country. In the case of Ecuador, widespread corruption, recurrent political instability, poor government management (regardless of who exercises the government), and the generalized economic crisis, are all factors that clearly destroy national image and lead to the perception of Ecuador as a *banana republic*. Without denying that these perceptions may have a basis in reality, it is nonetheless true that there is a certain facility to punish countries with little response capacity which, like Ecuador, can serve to exemplify the application of certain international qualification parameters that are not always objective. An example was the evaluation made by the United States for the year 2004, according to which Ecuador was classified at the third level (the classification's lowest), as one of the ten countries in the world making the least effort to fight human trafficking. In this sense, in addition to the necessary internal text to reduce these type of negative factors, it is also important to work on the international image to be projected (Ponce Leiva, 2005, p. 72).

Likewise, the country's international image is spoken of as a key factor in the determination of the conditions for the peace negotiations

between Ecuador and Peru. A text edited for the Flacso by the academic Adrián Bonilla (1999, pp. 13-247) describes, from the perspective of several experts, the reality of the solution of a conflict based on the pillars of history, communication, culture, politics and the impact of the media upon public opinion. The search and consolidation of a culture of peace also has its strategies and is not only constructed by the volitions that were massively advocated. In this field of bilateral negotiation, we must recognize that the political and institutional strength of one state prevailed over another, revealing the influence exerted--not only in that moment, but in the historical trajectory.

Thus, this position also demonstrates the desire of a society, expressed by hte people. Each person can share nearness and concurrences, and form this into a single will; but these are also stimulated by the identity transmitted from the representative power centers. What a State says or does -as an expression of its people- radically influences the oversight from all areas of that will. A question then arises: is the power in negotiation decisions determined by the State's ability to transmit its citizens' explicit will, with the use of media resources to generate an effective acceptance in the general context?

The analysis in the text by Ponce Leiva (2005, p. 73) assumes a country reality of little force in the international context. It must thus add all the strategies and tactics that imply a better positioning in this arena, with commitments that reflect the idea of a nation which is secure and faithful to its commitments.

> On the basis that Ecuador is a less politically weighty player, given the size of its economy and its participation in international trade, it is highly unrealistic to think that it could rock a multilateral negotiation. The country's participation in the world economy is less than 0.1%. However, efforts should be concentrated on the search for areas in which the country has greater options for commercial participation; always taking into consideration that, multilaterally, even countries with less political weight have a certain margin for action, which it is difficult for them to use when negotiating bilaterally. (Ponce Leiva, 2005, p. 73)

In a general way regarding how Ecuador handles its negotiations, it can be pointed out that the characteristics identified are complemented by certain highly unique aspects, inherent to its culture.

Ecuadorian culture is very sociable. They start off with an affable greeting that can be a handshake, eye contact or a smile. Lack of punctuality is a disadvantage, since it is considered by various societies to demonstrate a lack of formality and seriousness. Ecuadorian's informality, in addition to time, is evident in their team's lack of preparation and knowledge prior to negotiating appointments, as well as in the scope of their decisions and commitments, which are generally made by higher levels and not by their delegates. It is a warm and courteous country. Its people can be very touch-oriented, and it could be said that they are focused on body language and on non-verbal communication. Ecuadorians use a communication that is casual and simple; they are positive and diplomatic, though not very formal.

From an international perspective, through a document titled "How to do Business with Ecuador" published in the digital library of the Chamber of Commerce of Bogotá (2013), differences are established in negotiation between the coast and the mountain regions. The profile notes that "Ecuadorians consider that agreements are made more with people than with the companies they represent, therefore changes in negotiating teams are not recommended" (CCB, 2013, p. 32).

Thus, the need arises to modify an image in function of larger and more successful multilateral negotiations. Therefore, the aspect of "multilateral perception", according to Ponce Leiva (2005, p. 64), focuses on bargaining power, understood as the capacity of a country with limited international political power to cut its losses when negotiating with a more powerful country. Luis Espinosa explains that "In practical terms, there are mechanisms through which negotiating equality can be achieved which, while not constant, is at least valid for certain specific phases of a negotiation" (Ponce Leiva, 2005, p. 74).

In the context of Ponce Leiva's book (2005, p. 76), Luis Espinoza outlines in detail the advantages of consensus decisions:

> It is necessary to take advantage, for example, of the fact that one of the advantages of decisions made by consensus in the WTO is that, in theory, even countries with limited international power could resist if their interests have not been taken into account. It is understood that there will be consensus if no member formally objects to the proposed decision during the meeting in which such decision is made. Thus, even one member may prevent consensus (Lal Das, 1999, p. 429). (Ponce Leiva, 2005, p. 76)

Luis Espinosa continues and explains that "in this scenario, Ecuador's primary task, through not only the chancellery but various public institutions, is a serious, multidisciplinary and multisectoral approach regarding its objectives, national interests and priorities" (Ponce Leiva, 2005, p. 79); but also to establish serious and effective strategies to reconcile the society's acceptance (as a belief system) through effective mediated channels, which will result in identity and institutional strengthening as a country that influences negotiating conditions. No strategy will be valid without these points of support.

11.1. Ecuador's Image

"Everything depends on the eye of the beholder." This statement could be used to describe the idea of Ecuador's image from the internal and external vision, which moves pendularly according to the angle, sector, organization or region. It is undeniable that the economic and political swings have reinforced an image of distrust and insecurity in the various spheres.

The image comes from an idea, from the imaginary that is reproduced based on the elements and values that stand out regarding a thing, an individual or a group of individuals. Often, the fragility of collective memory is questioned when in decision-making, actions that sentenced politicians in the past are neutralized or forgotten, allowing to jump back into the electoral arena in the present. Paraphrasing authors like Le Bond (2005) regarding mass psychology, it is argued that this memory's fragility responds to conscious and unconscious reasoning regarding the image of an individual compared with the image of a group of individuals represented by a organization, with a better retention for the organizational image; that is, it is much more complicated to reconstruct a group or organizational image than it is to ignore errors at the individual level, without exempting the impact on reputation. This allows us to understand in some way why, although sentenced by the people in the past, there are currently public figures that are resized as a political solution. We must take into account that memory configures what we are and what we feel. It is also selective, and it allows you to forget certain pains; oblivion heals many wounds, relieves pain, helps to forgive grievances and even recover self-esteem. Perhaps in that sense it can be understood how our subconscious turns towards protective actions when failing to assess the present in terms of the painful social past, product of our errors of political choice.

"Forbidden to forget" was a constant reminder of former President Correa, as a colloquial slogan evoking the past to a present consciousness that forgets the abuses and corruption experienced in society; nevertheless, man by nature is the only animal that trips over the same stone more than once. From our history, it is possible to see the way in which the electoral game buries and revives images of political characters that were judged and expelled in the past, but who then appear as new messianic faces. In conclusion, in our memory the collective tendency is imposed over individual perception.

The syllogism of these premises allows us to understand, in the social context, the strength of former president Correa's presidential image on the Government and State, and even on his party group Alianza País, which at the moment clearly feels the lack of changeability in leadership. Considering mass psychology, the undisputed leadership of the president positions him as a figure with great influence on society. His controversial public image, the debate between the popular charisma, the media resistance and the opposition of the economic power groups. Much of Correa's persuasive power lies in his discursive capacity, for which many recognize his skill with linguistic resources, the strength implicit in his messages, and his ability to send this set of signals in a timely context seeking the desired effects in his audience.

Public media such as the Andes Agency (2014) coincide and echo this presidential image and project it internationally, stressing that "Ecuador elevated its reputation on the international political scene" thanks to its Chief Executive's actions. This is added to the credit of the "international recognition of his management model and the strengthening of relations with the governments of Mexico and Honduras," as added by Professor Mayra García (2014) in the same article.

However, countering this there is the opinion of some opposition public figures who emphasize the impacts to the Ecuadorian reputation due to a series of political decisions that have influenced disturbances among certain groups[77].

Indeed, when describing Ecuador as a developing country (PVD), direct reference is made to its capacity to produce and export primary products, raw materials or simply commodities such as oil. Following discovery of the first oil well in the early seventies, Ecuador radically

77 This causes a constant polemic between two poles that have the media in the middle.

modified its agro-export economic model and developed great expectations with the high yields from an increased, constant flow of income. The oil created a new growth and development perspective, linked to the commodity's high demand on the world market. This subordinated the country's subsequent budgets and economic programs to income projections based on barrel price.

From the first oil boom in 1972 to the most recent in 2014, growth in the Ecuadorian economy showed an encouraging increase, as reflected in macroeconomic indicators such as balance of payments, trade balance and gross domestic product (GDP). But this dependence brought with it high public spending, fiscal deficits, a larger public and private external debt, and a weak institutional structure, which would trigger the high social cost known as corruption. Thus, corruption becomes the identifying face of Ecuador and other countries of the Southern Cone.

The volatility of the price of oil and the weight of that product in Ecuadorian exports did not allow for the stable growth that should be projected by a developing economy. The easy and rapid income generated by oil sales expanded the levels of manipulation by private over public interests, further staining the country's reputation. This external image of corruption conditioned the different forms and scenarios for world negotiation. The terms at international roundtables -possibly until 2007, with the arrival of the Government of the Citizen Revolution- were reasons for imposition, not negotiation.

But upon the equilibrium of this balance of opinion regarding the country's image, there is a certain group within the country that believes that this position of confrontation with the traditional centers of power vindicates the condition of submission imposed on Ecuadorian society throughout its history. The long neoliberal night is once again evoked, with a sequel of commitments and obligations to the hegemonic countries and international organizations such as the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank (WB), whose policies at the time brought plunder to the country.

In effect, this is the virtue of a leader whose populist government has known how to exalt the emotions of a society whose middle and lower class exceeds 70% of the population, and constitutes the pillar of democratic decisions. As previously mentioned, the leadership

capacity of former President Correa in the Government, the majority social groups, and also within the Alianza País[78] party, is recognized.

Consistent with the theory of persuasion proposed by Cialdini (1999), former President Correa generates a positive response in the masses through messages that are stimulated mainly by reciprocity, authority, social validation and sympathy, the latter aimed mainly at the popular masses. In fact, it possesses geographic and climatic conditions that mark it as one the richest countries in terms of biodiversity; but its wealth has not been well-managed, and this has led to external abuses, expropriations, and exploitations that have affected the forms of sustenance for an agrarian and agro industrial system. The former Government -even as recognized by the opposition- has been one of the administrations that took greatest advantage of these natural resources as a pillar for strengthening the productive matrix, through prioritization of strategic areas such as electricity, telecommunications and oil. No previous government has invested so much in the construction of the energy matrix, boosting water capacity as reflected in emblematic projects such as Coca Codo Sinclair and Manduriacu.

11.2. Credibility and Uncertainty

The minimum influence exerted by the country's image in the negotiating context can be considered; however, it is understandable that a State's reputation arises from its degree of confidence. It could be inferred that its opportunities increase or decrease depending on its economic trajectory, the degree of credibility and uncertainty. If a country presents an image of legal insecurity, for example, its possibilities of opening towards others become uncertain.

a. What, the, infuences the perception of a country? Based on certain considerations of the Baloglu and McCleary model (1999), cited in the article by Andrade Suárez (2011) published for the magazine Scielo, it is possible determine some factors that affect the country's image and correlate them with the local:

78 Alianza País. officially Movement Alianza PAIS - Patria Altiva i Soberana is the name of the Ecuadorian political movement that serves as a political organization for the Citizen Revolution promoted by former President Rafael Correa. The political organization was formally launched in Quito on February 19, 2006

b. Personal factors: characteristics of the individual directly related to their psychological and social aspects. In this case, former President Correa established a strong and populist profile; he had a great affinity with the majority of the population, which defined his legitimacy in three popular elections; very much in spite of the fact that the media showed him as an arrogant and imposing leader.

c. External factors: caused by information and previous perceptions. The country's history characterizes it on the international stage: it defines its reputation as a state in underdevelopment, primary and submissive, against which its situation and conditions were permanently marked by the impositions of power. This took a radical turn with the government of former President Correa, since he was seen as a messianic leader by the majority masses, allowing him to make decisions with popular support.

d. Internal factors: determine a perception of credibility or uncertainty according to that State's characteristic policies. In this case, application of the endogenous economic model and fiscal policies define an antagonistic country profile. On the one hand, the majority middle-low classes feel redeemed in their condition against e business groups (including media) and upper-middle classes that have read from the perspective of productivity dynamics; a situation that has generated uncertainty in the international context, which affects possibilities for negotiation and investment. (Andrade Suárez, 2011, p. 2)

Mistrust and legal insecurity have been identifying characteristics of the country in the international context. Fluctuating administrations result in government policies that pass from left to right, generating visible economic instability. This is obviously in the country's capacity to generate and sustain strategic relations with a view towards investment and greater economic dynamism.

The permanence of this distrust in the country image becomes riskier the longer it lasts over time. While this perception is the result of the individual's influence factors in society; it is therefore important to modify these stimuli with clear actions that favor a closer approach and better credibility between citizens and their institutions and representatives. This process does not happen overnight, as a society's behaviors and beliefs require years to be modified through a gradual and systematic

process; however, the guidelines to be followed that are to be progressively identified and assimilated by the citizens must be established.

Recall that other related aspects, such as the Ecuadorian miracle, have been affected by a lack of foresight and projection, which envisages a panorama of alliances and strategies alongside the previous presidential elections in 2017. This lack of foresight, demonstrated in the savings capacity and the opening of investment, was further lacerated by the natural disaster that, following the earthquake of April 16, 2016, devastated important populations and tourist areas of the coastal provinces, mainly Manabí. This situation was added to the various factors affecting the Ecuadorian crisis; before which there was no emergency plan and no fiscal fund to cover the multiple needs demanded by this serious scenario. The Government's decisions led to fiscal measures that, once approved in May by the National Assembly, entered into force as of June 2016.

These measures were intended to raise between USD 650.00 and USD 1500.00 million to recover from the losses caused by the natural tragedy, of around USD 3000.00 million. The Law on Solidarity and Citizen Responsibility for the Affectations of the Earthquake in Ecuador, which entered into force starting on June 1st, according to the information issued in a note from the Andes agency (2014) "aims to raise funds to finance reconstruction of several towns in the coastal provinces of Manabi and Esmeraldas, the provinces most devastated by the 7.8 earthquake of April 16th, through various tax and solidarity actions."

There is a fiscal deficiency in the administration of the State; this new scenario requires decisions to facilitate mutual collaboration in public-private partnerships that allow for the country's economy to be reactivated in order to generate and increase the productive dynamic. The measures announced do not foresee this alliance and instead taxes and tariffs have been increased.

From the perspective of Good Living, the vision of productivity goes hand in hand with the use of new technologies. The globalized world economy has as its main instrument the Information and Communication Technologies (ICT) which have opened a new development panorama to societies. The appearance of telecommunications networks facilitates communication between human beings and shortens distances, the world looks smaller and greater interaction between nations is

permitted. A new perspective arises and without doubt, it is the internet that creates this new paradigm.

ICT addresses all the technologies found in information and knowledge societies. We see an incredible evolution of the ways of communicating between human beings and this, of course, opens up new and important forms of exchange, communication, negotiation and commercialization from different angles of the world. These technologies determine, to a large extent, a country's image in regard to its levels of development, productivity mechanisms and security aspects.

Ecuador is a country of primary production, with an incipient industry, where technology lacks investment and development; meaning that we are basically consumers of technology imported from the advanced nations. The insertion and technological use in the country requires investment, but also cultural processes for empowerment in which people identify technology as a safe and effective tool.

However, recognizing the Ecuadorian efforts to enter into technological areas from the different financial, productive and economic spheres, a contradiction arises between the foundations of a productive matrix that establishes greater investments, and a closed Ecuadorian market, whose tax measures limit technological inclusion, which impose high costs on the entry of technology.

12. NEGOTIATIONS AND NEGOTIATORS: INTERNAL AND EXTERNAL INTERESTS

In terms of negotiation, the country lags far behind. This can be observed from the internal and external interests. There is no doubt that there are many reasons that converge to become visible in this result, and that today it constitutes a significant problem to be solved. The size of the Ecuadorian economy and its degree of participation in international trade, identifies the country as a lightweight player; however, as stated by Ponce Leiva (2005, p. 10) "the strengths to be used as opportunities must be visualized". In this sense, applying David Ricardo's theory of compartive advantage, beyond oil, Ecuador should increase the degree of specialization regarding products that being very highly appreciated, can still potentiate their competitiveness in the international market, to take advantage of our geographical and natural conditions.

But in addition to what can be offered as a country, how it is offered also affects negotiations. In this aspect three identifying elements of the Ecuadorian negotiators converge: culture, skill and knowledge; which have a decisive influence on negotiation results. Diplomacy is immersed in these elements as one of the bases in international relations and negotiations. This important aspect has been key in the strategic approach between nations; it should be remembered that it was a diplomatic conflict that was the trigger that led to the First World War. But likewise, diplomatic methods are the path for agreements between parties. Among these can be: negotiation, good offices, mediation, arbitration, investigation and conciliation. In this same way, due to globalizing commercial processes exchanges increased dramatically, as did differences, controversies and conflicts, which following the saturation of the courts found a faster and cheaper route: the Alternative Resolution of Conflicts (ADR).

One often hears about Ecuador's benefits: its nature and diversity, its climate and its warm and courteous people; however, there is a paradoxical description of a poor country whose people are known -specifically in negotiation scenarios- as informal, with little credibility and knowledge; whose verbal and non-verbal language sends signals to the counterpart as being an opportunity for advantage. As previously reviewed, the characteristics of the Ecuadorian negotiator visualize him/her as weak and insecure in the positions to be defended on behalf of his/her compatriots. This disadvantage increases with a society of continuous criticism and opposition, which ends up isolating the person or negotiating team, leaving them lacking support within their own country.

Definitely, power in the negotiation decisions is also reflected in a society's integration and consolidation. Based on the conceptualization of the State, negotiators serve as spokespersons for the interests of a human group; therefore their positions to be negotiated are the positions of their compatriots. Therefore, it is the Government's duty to involve citizens in negotiating expectations so that they are the ones who endorse the decision-making process for their own benefit. In this sense, the media become channels for the manifestation of that will.

Negotiations thus also constitute a mechanism that channels the end of the State; and in this sense Aldo Isuani's premises can be replicated in an analogous manner (2010, p. 2) in which he states that the State converges in several ideas regarding its purpose: a) create a necessary order, b) ensure social coexistence, c) establishment of means for cultural,

economic, political, moral and social development, d) the welfare of the nation; and, e) social solidarity. All these represent reasons why the path of effective negotiation contributes to an increase in investment and this consequently leads to productivity and collective welfare.

In effect, this factor is one of the causes for the ineffective results in negotiations. The lack of consecutiveness reduces the experience and limits the skills and abilities with which the negotiating team will face the counterpart. As a consequence, we find inconclusive negotiating processes due to conflicts, disagreements, lack of persuasiveness; or those processes that never even start, in spite of the commercial interest, due to resistance due to uncertainty, political-economic insecurity and the lack of credibility in institutions.

As can be seen, the transversal axis as a mechanism for solution is communication; since this is a process of information exchange, it can be understood that the small number of effective results in negotiations is due to the absence of a clear and persuasive message, and to a lack of credibility that is given by the reputation forged through the country image that has been transmitted internationally. This communication is the fundamental axis in the new order, in which globalization is generated and strengthened through the so-called ICT, becoming an effective instrument in exchange, production, negotiation, and resolving conflicts on a global scale, which facilitates greater participation and overcomes barriers and distances.

It should be remembered, then, how Durán Sáenz (2010, pp. 2-3) in his article for the digital magazine "Caei", contextualizes the conflict in a society without borders and ideologies:

a. Commercial methods have displaced militaristic methods.

b. The conflict's logic will be expressed by the grammar of commerce.

c. Territorial distribution becomes temporal distribution.

The responsibility then of negotiating and of the negotiator then is enormous; in the case of international negotiations, in addition to that described in the lectures of Dr. Hernán Escudero, expert negotiator and professor, is also a process that translates and defends the interests of an entire community in its benefit and growth. To negotiate is thus to be properly prepared; it is to inform oneself and know how

to communicate, in order to understand how to obtain that hoped for from the counterparty and achieve the proposed result. Paraphrasing Fisher and Ury (1991) negotiation is a means for feedback and effective communication, in which the agreement becomes evidence of the party's interests in proportion to the capacity for persuasion at the table, where in addition to the negotiator's knowledge, experience and skills, the timing, circumstances and scenarios also have an influence.

As has been mentioned, the negotiating team's positions reflect the interests of a social group through the representation of the State, in which the utilitarian principle prevails to ensure the benefit of the majority. For this, it is important to have prior community socialization policies, in which the community knows and accepts the aspects to be addressed and defended in the international context, so that the integrated society becomes a strength in the negotiation process. Throughout its history, Ecuador has maintained, a disintegrated image in permanent opposition, without the consolidation of ideas and interests that are led with support, both internal and external. These re cultural forms rooted for some, but from the point of view of beliefs, constitute generalizations of behaviors that can be modified in schemes of continuous participation. It is not an immediate response action, because like all social-cultural processes, time is required for understanding, assimilation and change. The idea is to involve the community more in those processes whose cause, form and purpose are of social interest.

It is imperative to change the belief-directed behavior structures, where the society's factor of despair and the desire for change are constant, where they transmit a negative, insecure and disintegrated image of ourselves, one that forcefully affects what we project as a society around the world. As a nation and society, we must rescue and allow to prevail virtues to improve our relationships, recognize and modify failures, and build new commitments that are identified in our beliefs. These weak points in our beliefs require motivation and inspiration which will allow them to be modified, in addition to having clear and convincing channels that make them sustainable through effective messages; and this is where the media plays an important role in said transformation.

13. CONCLUSIONS

The situational analysis of the country shows a gradual loss in its positive image at a national and international level, which is reflected in the growing lack of credibility and insecurity in its regulatory policy. Based on theoretical approaches and diverse opinions of representatives of society, a direct relationship between the country's image and its growth opportunities is reached.

The country image is affected by a deterioration in political processes, institutional level and the lack of citizen identity and empowerment. In addition, the country's reputation has been stigmatized by the generalized idea of "third world country" or "developing country," which has been further affected by the implementation of economic policies such as tariff barriers.

From the institutional position it is important to work together with the mass media on the impact of so-called agenda setting, with the purpose of modifying the criteria on which they discriminate the information to be presented to the society, and offering alternative content, truthful and of social interest, to exercise a influence that fosters these institutions' greater acceptability and credibility.

14. REFERENCES

Alonso, J. and Garcimartín, C. (2008). *Acción colectiva y desarrollo. El Papel de las instituciones (Collective action and development. The Role of the institutions).* Primera edición. Madrid: Editorial Complutense.

Cepal, (2015). *Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y el Caribe (Panorama of the International Insertion of Latin America and the Caribbean)*. Santiago de Chile: Cepal. Retrieved from: http://www.cepal.org/es/publicaciones/39010-panorama-la-insercion-internacional-america-latina-caribe-2015-la-crisis.

Cepal, Alonso, J. (2007). *Desigualdad, instituciones y progreso: un debate entre la historia y el presente (Inequality, institutions and progress: a debate between history and the present).* Retrieved from: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11223/093063084.pdf?sequence=1.

Costa, J. (2010). *Reputación Corporativa. El Dircom en la era de los intangibles y la reputación (Corporate reputation. The Dircom in the era of intangibles and reputation).* Retrieved from: http://www.reddircom.org/pdfs/art_joan_costa.pdf.

De la Tejada, S. (2003). *Cómo comunicar la imagen de la empresa (How to communicate the image of the Company).* Buenos Aires.

Durán Sáenz, M. (2010). *Algunos conceptos sobre el conflicto y las relaciones internacionales (Some concepts about conflict and international relations).* México: CAEI. Caei.com.ar. Retrieved from: http://www.caei.com.ar/sites/default/files/28_2.pdf#page=1&zoom=auto,-20,852.

Ecuador en Cifras, INEC. (2016). E*mpleo, desempleo y subempleo junio 2016 (Employment, unemployment and underemployment June 2016).* Retrieved from: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2016/Junio-2016/Presentacion_Empleo_Junio2016.pdf [Consultado agosto 8 de 2016].

El Telégrafo (2016). *La economía del Ecuador se contrajo 1.5% en 2016 (La economía del Ecuador se contrajo 1.5% en 2016).* Retrieved from: https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/la-economia-del-ecuador-se-contrajo-1-5-en-2016

El Telégrafo (2017). *El Banco Central anuncia 3% de crecimiento económico en 2017 (The Central Bank anounces 3 points of economic growth in 2017).* Retrieved from: https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/banco-central-puntos-de-crecimiento-economico

Fisher, R., Ury, W. and Patton, B. (1993). *¡Sí...de acuerdo! (If, according!)* Barcelona: Editorial Norma.

Fondo Monetario Internacional, FMI. (2016). *Perspectivas económicas. Las Américas: Administrando transiciones y riesgos (Economic perspectives. The Americas: Managing transitions and risks).* Washington: FMI.

Fukuyama, F. (1992). *El fin de la historia y el último hombre(The end of history and the last man).* Buenos Aires: Planeta.

Gobbi, J. (2006). *El concepto de conflicto y los medios de solución de controversias en el Derecho Internacional (The concept of conflict and means of dispute resolution in International Law).* CAEI.

Gobbi, J. (2016). *El Concepto de conflicto y los medios de Solución de Controversias en el Derecho Internacional (The Concept of Conflict and the Means of Settlement of Controversies in International Law).* Retrieved from: http://www.caei.com.ar/sites/default/files/58_0.pdf.

Méndez, R. y Alosilla, R. (2015). Nueva Historia Económica, Instituciones y Nueva Historia Institucional: Una Breve Retrospección (New Economic History, Institutions and New Institutional History: A Brief Retrospection). *Laissez-Faire, No 43,* pp. 1-13.

North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance.* Cambridge: Cambridge University Press.

North, D. (1991). Institutions. *Journal of Economic Perspectives. Vol. 5,* No 1, pp. 97-112.

Oppenheimer, A. (2014). *¡Crear o morir!: La esperanza de América Latina y las cinco claves de la innovación (Create or die !: The hope of Latin America and the five keys to innovation).* Primera Edición. México: Debate Editorial.

San Emeterio, N. (2008). *Nueva economía institucional. Primera edición (New institutional economy. First Edition).* Madrid: Editorial Síntesis.

Villafañe, J. (2015). La reputación corporativa como factor de liderazgo (Corporate reputation as a leadership factor). *Revista Relaciones Públicas.* Retrieved from: http://revistas.ucm.es/index.php/ARAB/article/view/ARAB0101110004A/4305.

Zambrano, G. (2014). *Imagen del país con fuerza internacional (Image of the country with international strength).* Entrevista El Diario. Retrieved from: http: / / www. eldiario. ec / noticias- manabi- ecuador/ 315597-imagen-del-pais-con-fuerza- internacional/.

Legal Sources

Constitución Política del Ecuador del 2008 (Political Constitution of Ecuador of 2008). Asamblea Constituyente. Retrieved from: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

Recibido: 22 de junio de 2018

Aceptado: 25 de noviembre de 2018

Mgtr. Magda Lorena Giler Mendoza: Docente UCE

Correo electrónico: magda.giler4@gmail.com

Dr. Rubén Méndez Reátegui, PhD-DCs: Docente titular principal PUCE Quito

Correo electrónico: r.mendezreategui@gmail.com

Revisión de estudios empíricos sobre la prisión política en Chile

Review of empirical studies on political prison in Chile

Dr. Edison Carrasco Jiménez (Autor corresponsal)[79]
Docente titular Universidad Nacional Andrés Bello

Artículo Original (Científico)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 317-333, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente artículo tiene por objetivo hacer un estudio exploratorio de las investigaciones empíricas efectuadas a la fecha sobre prisión política en Chile. Dichos estudios están referidos en su totalidad al período de la dictadura, esto es, el período comprendido entre 1973 y 1990. Para ello, se realizó una búsqueda en diversas bases de datos y/o sistemas de referencia bibliográfica seleccionando solo estudios empíricos sobre la materia. De los resultados arrojados, se realizó un catastro de ellos, estableciendo tres áreas temáticas en las que dichas investigaciones se concentran. Se realiza una breve recensión de ellos, y se expresan las cuestiones que se considera relevante de esta revisión de literatura especializada.

PALABRAS CLAVE: prisión política, dictadura en Chile, tortura, Derechos Humanos, democracia.

ABSTRACT: the objective of this article is to make an exploratory study of the empirical investigations carried out to date on political prison in Chile. These studies are referred entirely to the period of the dictatorship, that is, the period between 1973 and 1990. To do this, a search was made in various databases and / or bibliographic reference systems, selecting only empirical studies on the subject. From the results obtained, a cadaster of them was carried out, establishing three thematic areas in which the investigations are concentrated. A brief

79 La base de este trabajo se encuentra en la labor conjunta realizada por los Investigadores jurídicos independientes: Srta. Carla Riquelme Elgueta, Srta. Andrea Bruno, Sr. Robert Venegas, Sr. Roberto Gutiérrez, Sr. Ignacio Chavarría, y Srta. Andrea Ochoa. A todos ellos agradezco su contribución en el mismo.

review of them is made, and the issues that are considered relevant in this review of specialized literature are expressed.

KEY WORDS: political prison, dictatorship in Chile, torture, humane rights, democracy.

INTRODUCCIÓN

Por muchos años prevaleció dentro de la población chilena un profundo desconocimiento en relación con la magnitud y masividad de la violación de los derechos humanos a prisioneros de la dictadura militar por agentes del Estado o personas a su servicio. En la actualidad se disipa cualquier duda sobre la veracidad de los hechos, gracias a los diversos testimonios de quienes sufrieron de la privación de su libertad, de torturas, actos de barbarie y tormento entre septiembre de 1973 y marzo de 1990 que han sido recogidos por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, y del informe emanado desde el seno de dicha Comisión, conocido como "Informe Valech". Los testimonios de dichas personas fueron rigurosamente analizados por la Comisión Nacional sobre Prisión preventiva y Tortura, al punto de que algo más de 7.000 de los testimonios fueron rechazados (Ministerio del Interior, Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2005). En el Informe citado se presenta un cuadro dividido en tres períodos diferentes, con la finalidad de ilustrar el trato a los detenidos, los métodos de tortura empleados, y los recintos en los cuales ocurrieron los hechos: 1) Entre septiembre y diciembre de 1973, comprendiendo un 67,4% de los testimonios recabados por la Comisión, es decir, 18.364 personas, caracterizado por el uso del estado de excepción, arrestos de carácter masivo mediante allanamientos a diferentes lugares (empresas, universidades, etc.), mayoritariamente detenidos, funcionarios de gobierno, simpatizantes, militantes y líderes de izquierda o miembros de organizaciones sindicales, y como agentes de tortura en prisión política, a las fuerzas armadas, carabineros y policía de investigaciones; 2) Entre enero de 1974 y agosto de 1977, que equivale al 19,3% del total de testimonios, es decir, 5.266 personas, teniendo como objetivo general, la destrucción de las organizaciones en oposición a la dictadura, y como características, la acción de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) recién creada (1974), la notable disminución de las detenciones realizadas por agentes militares y policiales, teniendo como objetivo prioritario los cuadros directivos del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR, y de los partidos Comunista y Socia-

lista, detenciones selectivas a diferencia del carácter masivo del periodo anterior, y detenciones en lugares más privados, como domicilios o lugares de trabajo; 3) Entre agosto de 1977 y marzo de 1990, con un porcentaje del 13,3% de los testimonios recibidos por la Comisión, es decir, 4.308 personas, con el objetivo general de evitar la articulación y rearticulación de grupos políticos (MIR, Frente Patriótico Manuel Rodríguez, Movimiento Mapu Lautaro), y como características, a la CNI (Central Nacional de Inteligencia) como organismo de detención en connivencia con Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, como tribunales relacionados con las detenciones a los tribunales militares, y al ser las detenciones igualmente selectivas. En los tres períodos, los métodos de tortura que se emplean son: humillación, amenazas, golpes, exposición al frío extremo, al calor y al sol hasta provocar la deshidratación, exposición a la sed, al hambre, a la privación de luz, a posiciones forzadas, al colgamiento por largas horas, privación de sueño, inmersión sumergidas en aguas servidas hasta el límite de la asfixia ("submarino"), descargas eléctricas en partes sensibles del cuerpo, incluidos genitales, violación y vejaciones sexuales por persona o con utilización de animales, imposición para presenciar la violación y la tortura de seres queridos.

Sobre este tema, si bien existe literatura, no se ha hecho actualmente una revisión relativa al tema de la prisión política en dictadura y sus efectos, particularmente de los estudios empíricos. De ahí que el objetivo de este artículo sea el hacer una revisión de los artículos académicos de tipo empírico, aunque también incluyendo los teóricos considerados más relevantes, acerca de la prisión política en Chile, esto es, la referencia bibliográfica de los mismos, y la exposición de su contenido a través de una recensión crítica.

1. METODOLOGÍA

De modo exploratorio, se efectuó una búsqueda electrónica mediante cuatro bases de datos y/o sistemas de referencia bibliográfica, como lo son SCOPUS, WOS, EBSCOhost, DIALNET y Google Scholar. Se utilizaron como palabras claves, las siguientes: "prisión" {AND} "political" {AND} "chilean" {OR} "chile". Se estableció seleccionó para EBSCOhost, DIALNET y Google Scholar, solo los resultados que indicaran estudios empíricos. No se estableció límite de años para la búsqueda.

2. RESULTADOS

En una primera búsqueda y para las palabras claves “prisión”, “political”, “chilean”, sin distinción de estudios empíricos y teóricos, se obtuvo como resultado, en SCOPUS y EBSCOhost, 5 artículos en cada base de datos, y en WOS, 0 artículo; en DIALNET fueron encontrados 17 registros, y 5 en Google Scholar. En una segunda búsqueda donde se reemplaza la palabra clave “chilean” por Chile, en los sistemas de referencia SCOPUS y EBSCOhost, 6 artículos en el primero y 7 artículos en el segundo.

De los artículos que arrojó la búsqueda, no todos estaban referidos a estudios empíricos, por lo que hubo que seleccionar exclusivamente a éstos, que son los que se expresan en el cuadro, ordenados por fecha.

Tabla 1: Artículos empíricos sobre prisión política y tortura en el período de dictadura en Chile

Fecha	Nombre Artículo	Autor	Revista	Tema
2016	La metáfora del viaje del héroe en la narración de nietos de expresos políticos: la postmemoria de la prisión política y tortura en Chile	Ximena Faúndez & Hatibovic	Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes.	Estudios de la memoria
2015	La libertad en cautiverio: disputas políticas y reflexiones feministas en la experiencia de detención de una militante del MIR	Morales	Revista Izquierdas	Estudios de género
2015	"Fue bonita la solidaridad entre mujeres": Género, resistencia, y prisión política en Chile durante la dictadura"	Hiner	Revista Estudios Feministas	Estudios de género
2014	Transmisión y apropiación de la historia de prisión política: Transgeneracionalidad del trauma psicosocial en nietos de expresos políticos de la dictadura militar chilena	X. Faúndez, Cornejo, & Brackelaire	Terapia Psicológica	Estudios psicosociales

2013	La escucha de la tortura desde el Estado: La experiencia de los profesionales de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura en Chile	Cornejo, Morales, Kovalskys, & Sharim	Universitas Psychologica	Estudios psicosociales
2011	Trauma psicosocial y memoria: Diseño de un dispositivo biográfico para investigar el impacto de la Comisión de Prisión Política y Tortura en Chile	Sharim, Kovalskys, Morales, & Cornejo	Revista de Estudios Sociales	Estudios psicosociales
2009	Concepción de mundo, aspectos contextuales y bienestar psicológico en chilenos supervivientes a experiencias de prisión y tortura por motivos políticos a más de 30 años de ocurridos los hechos	Zapata, López, & Sánchez	Universitas Psychologica	Estudios psicosociales
2008	Mujeres en movimiento: bajo la dictadura militar chilena (1973-1990)	Maravall	Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia	Estudios de género
2008	La mujer como sujeto de la violencia de género durante la dictadura militar chilena: apuntes para una reflexión	Zamora	Nuevo mundo, mundos nuevos	Estudios de género

Para establecer su tema, consideramos tres áreas temáticas: 1) de género; 2) psicosociales; 3) de la memoria. Para considerarlos en estas tres áreas temáticas, a su vez consideramos como concepto de su estudio, algunas ideas que, desprendiéndose de la misma investigación y de las revistas en que se publicaron, sugieren que se les clasifique del modo aquí propuesto.

Al ser así y por *Estudios de género*, podríamos recurrir a diversas fuentes bibliográficas para llegar a una idea, tal como el que aquéllos pueden ser la investigación "[d]el papel de la experiencia de las mujeres como parte constitutiva de las interacciones cotidianas que debiesen ser estudiadas" (Trujillo, 2017), en un replanteamiento no solo de lo que es ser mujer, sino también hombre (Valdebenito, 2013); el ser un campo multi y transdisciplinar, y en que su "objeto de estudio son las relaciones socioculturales entre mujeres y hombres (hombres y hombres/mujeres y mujeres) y parten de la premisa que el concepto mujeres (u hombres) es una construcción social, y no un hecho natural" (González, 2009, p. 682). Por *Estudios psicosociales* consideraremos lo que expresa tanto Frost como Frosh. La primera señala que "La teoría psicosocial es capaz de explicar la experiencia emocional que, en relación con todos las disciplinas, incluido el trabajo social, define la naturaleza del yo real e imaginario y el del otro en una relación co-construida" (Frost, 2008, p. 244). Por su parte Frosh señala que son, "un conjunto de enfoques que ofrecen una deconstrucción de la dicotomía tradicional entre lo individual (la psique) y lo social" (Frosh, 2015, p. 6).

Para los *Estudios de la memoria*, hemos de considerar lo expresado por Halbwachs, el padre de los *estudios de la memoria*, quien señala por Memoria colectiva, una corriente de pensamiento continuo, de un pasado que vive en una conciencia de grupo, y que es diferente a la historia porque la memoria vive mientras exista esa conciencia de grupo, la que luego se extingue o es reemplazada por otra conciencia de grupo (Halbwachs, 2004). Basado en esto, no consideraremos el adjetivo "colectiva" de Halbwachs, ni el que él mismo rehuía, el de "histórica", sino solo hablaremos de *Estudios de la memoria*.

A continuación, se comentan los trabajos. Dos de ellos solo se referencian, por estar relacionados, a su vez, con dos estudios posteriores que estimamos los absorben y que son los que se comentan (X. Faúndez, Cornejo, & Brackelaire, 2014; en relación con Ximena Faúndez & Hatibovic, 2016; ; Sharim, Kovalskys, Morales, & Cornejo, 2011; en relación con Cornejo, Morales, Kovalskys, & Sharim, 2013).

a) Estudios de género

El estudio de Maravall, “Mujeres en movimiento: las prisioneras políticas bajo la dictadura militar chilena (1973-1990)”, es una interesante exposición que muestra de manera gráfica y a través de testimonios de sobrevivientes la tortura experimentada por miles de personas durante la dictadura militar chilena y las formas de las mismas, que adolecieron de un marcado carácter de género, sufriendo las mujeres prácticamente en su totalidad, tortura de tipo sexual. Utilizando una investigación cualitativa y como instrumento la entrevista semiestructurada, el artículo analiza el impacto que la represión de la Dictadura Militar causó en las mujeres que conformaron la oposición política, sobre todo la prisión política y la tortura, caracterizada esta última por tener un componente sexual en todas las víctimas, el cual solo con el “Informe Valech” se dio a conocer los testimonios de 4000 mujeres que fueron víctimas de diversas vejaciones sobre todo de carácter sexual, mientras permanecieron prisioneras. Mediante los testimonios de mujeres sobrevivientes se advirtió que las torturas a ellas practicadas fueron de tipo físico, sexual y además psicológico, ya que era recurrente que se utilizaran a los hijos como medios de presión, o en el caso de las mujeres que no tenían hijos a los padres o a sus parejas para amedrentarlas y obtener información relevante sobre la actividad opositora clandestina. Estas prácticas tuvieron un claro componente de género, ya que se les descalifica por ser mujeres involucradas en la política, porque ese no es un rol propicio para una mujer, era una mala madre si no se dedicaba a su hogar y aún más si era de izquierda, cuestión que fue transversal en las mujeres de todas las clases sociales que tuvieren alguna vinculación con la oposición a la dictadura. La represión contra las presas políticas estaría diseñada de antemano y actuaría bajo dos parámetros: el físico y psíquico. Las mujeres que fueron prisioneras políticas sufrieron los tipos de tortura ya señalados, dejando en ellas profundas secuelas, las que alcanzan no tan sólo a ellas, sino que sus hijos, nacidos en cautiverio o resultantes de violaciones, presentan fuertes trastornos emocionales (Maravall, 2008).

En el estudio de Zamora, “La mujer como sujeto de la violencia de género durante la dictadura militar chilena: apuntes para una reflexión”, se exponen los diferentes tipos de abuso sufridos por mujeres durante la dictadura y señala las razones de la especificidad de esta coacción, que no tan solo tenía como objeto castigar a las opositoras, sino que era una sanción por ser mujeres subversivas, condición que se entendía tenía un reproche aún mayor para la dictadura. A través de una

investigación cualitativa y como instrumento la entrevista semiestructurada, la autora expone la especificidad de género en los castigos a prisioneras políticas durante las sesiones de tortura durante la dictadura militar en Chile. Los castigos aplicados a las mujeres en aquella época se orientaban a la reimposición de un orden social patriarcal que no tan sólo perseguía disciplinar a las mujeres por el hecho de ser disidentes, sino que, por ser mujeres opositoras, lo que tenía un marcado carácter de género que se expresó de forma más brutal mediante la tortura sexual, que tenía como fin el disciplinamiento social para alcanzar los objetivos ideológicos del nuevo orden político-social. La violencia específica y exacerbada hacia la mujer servía como método para amedrentar cualquier intento de mujer opositora al régimen económico-social impuesto por la dictadura. Solo hace algunos años informes sobre tortura reconocen una diferencia en la aplicación de métodos de tortura entre mujeres y hombres prisioneros políticos, ya que la violencia de carácter sexual era la principal característica de la tortura a mujeres, magnificando el dolor físico con degradantes métodos de tortura dirigidos contra su condición sexual, entendida como su condición de género (Zamora, 2008).

En el trabajo de Hiner, "«Fue bonita la solidaridad entre mujeres»: género, resistencia, y prisión política en Chile durante la dictadura", utilizando una investigación cualitativa y como instrumento la entrevista semiestructurada, plantea que las mujeres detenidas y torturadas durante la dictadura militar, ocuparon estrategias de resistencia y solidaridad, mientras permanecieron en cautiverio, aunque el instinto de supervivencia terminó primando. Además, rescata las historias orales de las presas políticas de Chile, registro que se ha logrado gracias a la influencia del feminismo y que demuestra la solidaridad, resistencia y sobrevivencia en medio de los difíciles momentos que vivieron durante la dictadura muchas mujeres como prisioneras políticas. Esencialmente se exponen los relatos de Patricia Herrera, quien fue detenida el 27 de junio de 1974, cuando tenía 20 años y era estudiante universitaria. Ella pasó por diversos centros clandestinos, lugares donde fue brutalmente torturada, y posteriormente fue forzada al exilio. El año 2010, Herrera, con la organización feminista Humanas, presentó una querella por tortura sexual, la primera de su tipo en Chile (Hiner, 2015).

En la investigación de Morales, "La libertad en cautiverio: disputas políticas y reflexiones feministas en la experiencia de detención de una militante del MIR", y utilizando una investigación cualitativa y como instrumento la entrevista semiestructurada, el artículo trata de

un análisis antropológico de las mujeres, en su mayoría, militantes del MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionaria), en el contexto de la represión y persecución ejercida por el Gobierno Militar en contra de quienes profesaran ideologías revolucionarias y contrarias al régimen impuesto, específicamente de aquellas que fueron detenidas y torturadas en Villa Grimaldi, para posteriormente pasar a ser prisioneras políticas en el campo de prisioneros de Cuatro Álamos, y de cómo en aquel escenario de pugna entre la sobrevivencia y los valores y convicciones políticas, queda atrás el imperativo del comportamiento ideal de las y los militantes revolucionarios y los vínculos identitarios entre miristas, surgiendo de parte de las mujeres miristas reflexiones que las invitan a valorarse y a reorganizarse como "mujeres" militantes del MIR generadoras de política. A partir del instrumento metodológico de la narrativa biográfica, la autora a través de las reflexiones de una mujer mirista que pasó por la dramática experiencia de ser presa política, busca obtener elementos que permitan comprender los conceptos de "Mujer", "Género" y "Militancia Política", y la relación que los mismos tuvieron en dicho momento histórico/político, para realizar el vínculo con el presente en cuanto a la constitución de agencia política y conciencia feminista como devenir de lo entonces vivido. Del testimonio de dicha mujer mirista la autora analiza cómo la situación de cautiverio a la que fueron sometidos los y las miristas por parte del gobierno militar y el enfrentamiento personal y colectivo a la represión y a la tortura, provocó una reconfiguración política entre los militantes que derivó en diferencias profundas que permitieron una reagrupación o clasificación conforme la conjugación de factores como el género, el encierro, la represión, la tortura, el dolor, la segregación de hombres y mujeres en el espacio físico, el imperativo del comportamiento ideal del revolucionario(a), los afectos de cada militante, los valores y convicciones políticas e incluso la concepción de la mujer propia de los militares, influyó en sus comportamientos. En efecto, los y las militantes del MIR como presos políticos no vivieron lo mismo por el solo hecho de ser hombre y mujer y por lo mismo las consecuencias de dichas experiencias son diversas. Las mujeres continuaron su militancia política pero esta vez al ser un agente generador de política más activo puesto que desde la estremecedora experiencia habían alcanzado mayor conciencia femenina, al asumir que el socialismo no vendría para solucionar todos los problemas, pues no se consideraba desde esta frontera la desigualdad de géneros. La autora además repara en el hecho de que el Régimen Militar como acontecimiento histórico no puede ser mirado como un solo hecho, sino que debe desengranarse, descomponerse en distintas temáticas que se suscitaron

dentro de aquel contexto, señalándolo como un camino para ampliar la visión, cambiando por ejemplo a las mujeres del lugar de víctimas de la Dictadura Militar al lugar de transformadoras y generadoras políticas, entendiendo que una realidad contiene diversas realidades en sí misma, pudiendo ser éstas incluso contradictorias (Morales, 2015).

b) Estudios psicosociales

En la investigación de Zapata y otros, "Concepción de mundo, aspectos contextuales y bienestar psicológico en chilenos supervivientes a experiencias de prisión y tortura por motivos políticos a más de 30 años de ocurridos los hechos", y mediante el uso de una metodología cualitativa con análisis de contenido y como instrumento una entrevista semiestructurada de un total de 60 expresos políticos chilenos (hombres y mujeres), se plantea un análisis de los efectos psicológicos sufridos a largo plazo por personas que vivieron las experiencias de prisión y tortura política durante el régimen militar. Para esto, se citó a asambleas nacionales y locales organizadas por la ANEXPP, en las que se invitó a participar del estudio a todos aquellos asistentes que cumplieran con los siguientes requisitos: 1. reconocimiento gubernamental, 2. residencia en Chile. Además, se elaboraron preguntas abiertas con dos dimensiones, la primera dimensión se denominó concepción de mundo en el presente, la segunda dimensión se denominó sociedad chilena y Derechos Humanos. De esto, se pudo concluir la presencia de secuelas psicológicas a largo plazo de experiencias de represión política, manifestada en una concepción negativa del mundo en todos los participantes, atribuida principalmente a causas humanas, lo que se relaciona con la valoración de vivir en un mundo influenciado por el ex régimen militar chileno e insatisfacción con la entonces actual sociedad chilena. Esta apreciación subjetiva por parte de los participantes del estudio, de la respuesta social chilena ante hechos de violación a los Derechos Humanos acontecidos en Chile, fue un tema que se consideró atingente para el estudio de la concepción de mundo de estas personas, para comprender el contenido de su mundo más próximo: su propio país. En el mismo orden de ideas, los resultados de la respuesta social chilena ante los hechos de violación de Derechos Humanos en Chile demuestra que la única categoría que supera la media de participantes se refiere a que este grupo de personas niega percibir que la sociedad chilena sienta temor por su condición de ex presos políticos, en el que aún el ex gobierno militar que les dañó ejerce influencias; se suma a la insatisfacción con la que

los expresos políticos participantes del estudio valoran la respuesta social chilena ante los hechos de violación a los Derechos Humanos en Chile, percibiendo que esta mantiene su apoyo al exgobierno militar chileno, y no se ha sensibilizado ante la problemática. Junto a ello, en estas investigaciones se observa un síndrome de estrés postraumático, en el cual se plantea la necesidad de formular una definición local para el trauma de experiencias de prisión política y tortura, que debe ser elaborada desde un contexto político, social y cultural específico (Zapata, López, & Sánchez, 2009).

En el trabajo de Cornejo y otros, "La escucha de la tortura desde el Estado: La experiencia de los profesionales de la *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura en Chile*", se sigue la misma línea de un estudio anterior en la que formaron parte al menos dos de las autoras (Sharim et al., 2011). Al ser una investigación cualitativa, el artículo trata sobre el impacto que tuvieron aquellos profesionales que trabajaron en la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura al escuchar los testimonios de aquellos que fueron víctimas de torturas en el período del régimen militar. Los resultados obtenidos por los investigadores son diversos ya que los mecanismos de defensa de las personas se presentan de manera distinta frente a una situación generadora de dolor emocional. Sus emociones oscilan entre el orgullo -ya que forman parte de un hecho histórico generado gracias a la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas-, y entre la culpa, el desasosiego y la desesperanza, ya que conocer de primera fuente el lado oscuro del hombre y los horrores que se ejecutaron como consecuencia de la deshumanización del otro, de ese "enemigo" que debe ser aniquilado, en ciertos casos resquebraja la integridad emocional de quien ocupa el rol de "escucha del estado" (Cornejo et al., 2013).

c) Estudios de la memoria

En la misma vía de un estudio anterior de la primera autora (X. Faúndez et al., 2014), con otro grupo de investigación, Faúndez y Hatibovic en "La metáfora del viaje del héroe en la narración de nietos de expresos políticos: la postmemoria de la prisión política y tortura en Chile", el artículo nos presenta un análisis de los relatos de vida de 14 nietos de expresos políticos. Mediante una metodología cualitativa con diseño exploratorio y analítico-racional y como instrumento el relato de vida como técnica de producción de información, interpreta mediante ella que la post- memoria del preso político es descrita a modo de metáfora

como la "aventura del héroe", en la cual se detectan tres etapas distintas, esto es, la partida, la iniciación y el regreso del héroe. En primer lugar, la etapa de partida es entendida como la detención del abuelo de cada nieto, la cual fue realizada por los organismos represivos creados para tal efecto como la DINA y la CNI, con la finalidad de derivar al secuestrado a un centro de prisión y tortura, donde estos eran interrogados y torturados con el propósito de obtener información sobre otros opositores al régimen. Esta etapa es equiparada a la etapa de iniciación del héroe, el cual transita por suplicios, tales como golpes, violaciones, abusos sexuales, choques eléctricos, colgamientos, ahogamientos, los cuales son aplicados con el fin de quebrar la voluntad del sujeto y también en muchas ocasiones fue utilizado como método de tortura ya que obligaban a otros prisioneros a escuchar o ver estas agresiones. No obstante, el héroe logra superar esta etapa, permitiéndole ello retornar con sus familias al mundo real, y esta etapa corresponde al regreso del héroe. Pero aquel que se reencuentra con la libertad no regresa siendo el mismo, como señalan los autores, es otro que guarda un secreto. Como consecuencia de ello, las familias de las víctimas sin conocer los detalles saben que aquel que llegó no es el mismo que aquel que se fue. Ahora manifiesta cambios de conducta, miedo, desconfianza, estrés posttraumático, depresión. Por esto, algunos de los sobrevivientes no lograron integrarse a la vida civil y han recurrido a sustancias adictivas lesivas tanto licitas como ilícitas, y en casos más extremos, al suicidio. Las víctimas directas e indirectas mantuvieron su dolor en secreto permitiendo que el regreso a la realidad funcionara como una válvula de escape para huir de lo sucedido. Como si al no hablar de ello jamás hubiese ocurrido. Por lo anterior, concluyen los autores que es necesario que a modo de reparación exista un reconocimiento de los hechos a nivel social evitando así lo que los autores denominan "privatización del daño" (X. Faúndez et al., 2014).

d) Discusión

Como se puede apreciar, fue posible identificar las investigaciones empíricas sobre prisión política y tortura en Chile, todas ellas cualitativas, y relacionarlas con tres áreas de conocimiento: 1) estudios de género; 2) estudios psicosociales; 3) estudios de la memoria. Las dos temáticas donde se concentran mayoritariamente las investigaciones empíricas son en los estudios de género y los psicosociales.

3. CONCLUSIONES

La premisa básica fue concebir la prisión política más que en su fundamento criminal, en los aspectos políticos, y en sus consecuencias para las víctimas.

En los estudios de género sobre el tema, todos apuntaban a la diferenciación en el tratamiento de la prisión política respecto de los hombres, pero una diferenciación degradante, esto es, que se degradaba la condición de la prisionera utilizando el género femenino como forma para minusvalorarla. La sexualidad en este plano parece estar más presente o es una condición más prevalente como forma de humillación, que en los hombres.

En los Estudios psicosociales, se plantean desde los efectos psicológicos de las víctimas y de quienes escucharon el testimonio; en el primer caso, de un evidente trauma y un juicio crítico a la época post-dictatorial, en el sentido de entender, como señala Galeano, que "la democracia tiene miedo de recordar y el lenguaje tiene miedo de decir" (Galeano, 2010); en el segundo caso, el impacto generado por un testimonio aún vivo de lo sucedido, y que demuestra que la memoria sigue latente como generación, entroncando con esto, una visión desde la memoria colectiva como Halbwachs lo concibiese.

En cuanto a los estudios de la memoria, por la existencia de un solo trabajo, no se puede hacer una generalización al respecto.

En el futuro podrían existir otro tipo de investigaciones empíricas que ahonden sobre otros tópicos distintos de estos dos ejes más distinguibles.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cornejo, M., Morales, G., Kovalskys, J., y Sharim, D. (2013). L*a escucha de la tortura desde el Estado: La experiencia de los profesionales de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura en Chile*. Universitas Psychologica, 12(1), 271–284.

Faúndez, X., Cornejo, M., & Brackelaire, J.-L. (2014). *Transmisión y apropiación de la historia de prisión política: Transgeneracionalidad del trauma psicosocial en nietos de ex presos políticos de la dictadura militar chilena.* Terapia Psicológica, 32(3), 201–216. https://doi.org/10.4067/S0718-48082014000300003

Faúndez, X., & Hatibovic, F. (2016). La metáfora del viaje del héroe en la narración de nietos de expresos políticos: La postmemoria de la prisión política y tortura en Chile. *Revista de Estudios Sociales, 2016(56)*, 104–115. https://doi.org/10.7440/res56.2016.08

Frosh, S. (2015). *Estudios psicosociales y psicología: ¿un enfoque crítico está emergiendo? Teoría y Crítica de la Psicología*, 0(5), 1–25.

Frost, L. (2008). *Why Teach Social Work Students Psychosocial Studies? Social Work Education,* 27(3), 243–261. https://doi.org/10.1080/02615470701381426

Galeano, E. H. (2010). *Patas arriba: La escuela del mundo al revés.* Siglo XXI de España Editores.

González, R. M. (2009). Estudios de género en educación: Una rápida mirada. *Revista mexicana de investigación educativa,* 14(42), 681–699.

Halbwachs, M. (2004). *La memoria colectiva.* (I. Sancho-Arroyo, Trad.). Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza. Recuperado a partir de http://cesycme.co/wp-content/uploads/2015/07/Memoria-Colectiva-Halbwachs.-.pdf

Hiner, H. (2015). “Fue bonita la solidaridad entre mujeres”: Género, resistencia, y prisión política en Chile durante la dictadura”. *Revista Estudos Feministas*, 23(3), 867–892. https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p867

Maravall, J. (2008). Mujeres en movimiento: bajo la dictadura militar chilena (1973-1990). *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, (3), 241–273.

Ministerio del Interior, Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (2005). *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.* Santiago de Chile: La Nación. Recuperado a partir de http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/455

Morales, M. (2015). La libertad en cautiverio: disputas políticas y reflexiones feministas en la experiencia de detención de una militante del MIR. *Revista Izquierdas*, (22), 78–109.

Sharim, D., Kovalskys, J., Morales, G., & Cornejo, M. (2011). Trauma psicosocial y memoria: Diseño de un dispositivo biográfico para investigar el impacto de la Comisión de Prisión Política y Tortura en Chile. *Revista de Estudios Sociales*, 40, 81–88.

Trujillo, M. (2017). Epistemologías feministas y estudios de género: Reflexiones desde el trabajo de campo Feminist epistemologies and gender studies: Thoughts from fieldwork practice pp. 5-18. *Revista F@ro, 1(25)*. Recuperado a partir de http://www.revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/500

Valdebenito, L. (2013). Educación musical y género: una perspectiva inclusiva desde el currículum de aula. *Neuma: Revista de Música y Docencia Musical*, 6(2), 58–66.

Zamora, A. (2008). *La mujer como sujeto de la violencia de género durante la dictadura militar chilena: apuntes para una reflexión*. Nuevo mundo, mundos nuevos, (8), 27.

Zapata, P., López, F., & Sánchez, M. C. (2009). C*oncepción de mundo, aspectos contextuales y bienestar psicológico en chilenos supervivientes a experiencias de prisión y tortura por motivos políticos a más de 30 años de ocurridos los hechos*. Universitas Psychologica, 8(3), 761–770.

Recibido: 5 de septiembre de 2018

Aceptado: 23 de noviembre de 2018

Dr. Edison Carrasco Jiménez: Docente titular Universidad Nacional Andrés Bello

Correo electrónico: ecarrasj@hotmail.com

Titularización de flujos futuros como financiamiento de los gobiernos autónomos descentralizados

Securing future flows as financing of decentralized autonomous governments

Francisco Xavier Jácome Marín, Mgtr. (Autor corresponsal)
Docente titular UEES

Ab. Tanya Mishell Guillen Triana
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 335-354, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente trabajo investigativo demuestra que la titularización de flujos futuros es una herramienta financiera idónea que se encuentra vinculada de manera directa con el mercado de valores en su segmento bursátil, regulada por el segundo libro del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores; la cual puede ser utilizada por los Gobiernos Autónomos Descentralizados como fuente de financiamiento para la obtención de recursos al tiempo presente, y de esta manera cumplir con la realización de sus competencias exclusivas, las mismas que se encuentran determinadas por la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de Organización Territorial. No obstante, la titularización a pesar de ser una herramienta que ofrece ventajas tanto para el originador como el inversionista, se puede denotar que la aplicación es escasa por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, lo que conlleva a determinar que existe falta de conocimiento sobre la utilidad que ofrece esta herramienta; para lo cual se propone que exista una mayor promoción y estudio por par parte de los GAD's sobre esta alternativa de financiamiento.

PALABRAS CLAVE: titularización de flujos futuros, gobiernos autónomos descentralizados, administración pública, autonomía financiera, descentralización

ABSTRACT: the present research shows us that the securitization of future flows is a suitable financial tool, which is directly link to the

securities market, regulated by the second book of the Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Mercado de Valores. This financial tool can be used by the Decentralized Autonomous Governments as a source of finance to obtain resources at present time, and achieve the realization of their exclusives competences, which are determined by the Constitution of the Republic of Ecuador and the Código Orgánico de Organización Territorial. However, the securitization, although it is a tool that offers advantages to the originator and the investor, it is evident the scarce application from of the Decentralized Autonomous Governments witch implies that there is a lack of knowledge about the benefits offered by this tool; for which it is propose for there be more promotion and study by the Decentralized Autonomous Governments on this alternative of finance.

KEY WORDS: securitization of future flow receivable, decentralized autonomous governments, public administration, financial autonomy, decentralization.

INTRODUCCIÓN

El término titularización es un vocablo que surge de la traducción de la palabra securitization, que a su vez se deriva del anglicismo securities; este fenómeno se originó en los Estados Unidos en los años treinta, creándose un organismo denominado Federal National Mortgages Association, con la finalidad de generar liquidez en el mercado habitacional, mediante el otorgamiento de préstamos hipotecarios, los cuales se financiaban a través de la emisión de títulos debidamente respaldados por la hipoteca. (Temiño Aguirre, 2007, pág. 29).

En el área iberoamericana el desarrollo de la titularización obedece la regulación del país en el que se desarrolla y la económica de la misma (Solbes Mira, 2007). En Ecuador se encuentra regulada por la Ley de Mercado de Valores, convirtiéndose en una opción atractiva para la obtención de recursos en el segmento bursátil, por parte de quienes buscan financiarse, y de esta manera desarrollar actividades por parte del sector privado o público.

El artículo 139 de la Ley de Mercado de Valores establece que podrán ser originadores del proceso de titularización personas jurídicas de derecho público, lo que implica que los Gobiernos Autónomos Descentralizados están habilitados para hacer uso de esta herramienta, y de esta

manera alcanzar a obtener recursos para financiar la ejecución de sus competencias exclusivas, subsanando el déficit de recursos económicos y por consecuencia satisfaciendo las necesidades de los ciudadanos.

Siendo así, el objeto del presente trabajo investigativo se centrará en explicar que es una titularización con flujos futuros, el proceso que debe seguir un Gobierno Autónomo Descentralizado para utilizar esta herramienta financiera, y además se establecerá las ventajas e importancia que trae consigo esta herramienta financiera.

1. LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, la ciudadanía ecuatoriana optó por un Estado constitucional de derechos, justicia, social, soberano, democrático, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, pues así lo establece la Carta Magna en su artículo 1, el cual se caracteriza por la vinculación entre los órganos de la administración pública y los derechos constitucionales, la administración es garante de estos últimos.

La Norma Suprema (2008) en el artículo 227, define a la administración pública como un servicio a la colectividad. De esta manera, Jorge Zavala Egas agrega que es aquella que se encuentra integrada por sujetos del sector público, atribuidos de potestad estatal para desempeñar una función administrativa y prestar servicios públicos con el objeto de alcanzar el fin público (Lecciones de Derecho Administrativo, 2011, pág. 167).

Por consiguiente, la administración pública en aras de satisfacer necesidades de la colectividad, se ejerce mediante personas jurídicas o a través de los órganos que forman el sector público, este último según Andrea Martínez Dama es un conjunto de órganos que sirven para la ejecución de los cometidos estatales, satisfaciendo necesidades a través de la prestación de servicios públicos (La Necesaria Innovación en la Administración Pública, 2013, pág. 169).

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados forman parte del sector público, y se caracterizan por ser una especie de autoridad o entidad (Derecho Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 293), que gozan de autonomía política, administrativa y financiera. Se consideran gobiernos autónomos, las juntas parroquiales, rurales, los concejos municipales, metropolitanos, cencejos provinciales y regionales.

Ahora bien, para una mejor comprensión sobre qué es un gobierno autónomo descentralizado, es imprescindible definir el término descentralización, según Agustín Gordillo, la misma implica que cierta competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente. La descentralización stricto sensu se la conoce también como "*descentralización autárquica*," que supone la creación de entes separados de la administración central dotados de capacidad de actuar y administrarse así mismo (Tratado de Derecho Administrativo, 2013, pág. 371).

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados, son personas jurídicas de derecho público que gozan de autonomía, y que en función de su ordenamiento jurídico deben ejecutar ciertas competencias exclusivas con la finalidad de satisfacer necesidades de los administrados. Al referirnos al término de autonomía, debe entenderse como el poder que tienen ciertos individuos o entes colectivos para crear un ordenamiento propio en el marco de otro superior (Estudio sobre el Poder Judicial, 1989); además se considera como potestad de autoorganización y autogobierno para la gestión de los propios intereses (Cayetano Núñez Rivero & García Aranda, 2013, pág. 409).

La Autonomía de los GADs es de índole política, administrativa y financiera, el artículo 5, inciso segundo del Código Orgánico de Organización Territorial establece que la autonomía política se refiere al impulso de procesos de desarrollo considerando aspectos históricos, culturales y características innatas del territorio, la cual se expresa mediante las facultades normativas y ejecutivas, capacidad de emitir políticas públicas, elección directa y mediante el ejercicio de participación ciudadana. La autonomía administrativa de conformidad con el artículo 5, inciso tercero de la norma precitada, es el ejercer la organización y gestión de los talentos humanos (servidores públicos) y de los recursos materiales para llevar a cabo sus competencias.

Finalmente, la autonomía financiera alude a las fuentes de financiamiento y a la autogestión que tienen los gobiernos autónomos descentralizados para producir ingresos propios, independientes de lo que por ley percibe del presupuesto general del estado. La autogestión de los GADs ha incrementado el cumplimiento de sus competencias, según Ramón Eduardo Burneo los gobiernos autónomos descentralizados más eficientes en cuanto autogestión son los municipales y provinciales (Derecho Constitucional del Ecuador, 2013, pág. 293).

Los GADs para el cumplimiento de sus competencias, necesitan de recursos financieros. En este punto surge la interrogante de qué forma los obtiene, es así que la normativa ecuatoriana ha instaurado diversas opciones que facilitan la generación de recursos propios o de autofinanciamiento, además de reglamentar las asignaciones ordinarias que se realizan del gobierno central a favor del gobierno local (Buendía, 2011).

De esta manera, los GADs de conformidad con el artículo 171 del COOTAD, obtienen sus recursos financieros a través de: (1) la participación en el presupuesto general del Estado; (2) de los ingresos propios de la gestión, siendo estos los que provienen de los impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejoras; (3) de las transferencias del gobierno central por la participación en las rentas de la explotación de los recursos no renovables; (4) de ingresos provenientes de financiamiento, el cual se obtiene mediante el endeudamiento público o la colación de títulos y valores.

De esta manera, al ser la colocación de valores una de las diferentes alternativas para la obtención de recursos financieros, será necesario cuestionar la forma en la que debe ejecutarse, para lo cual es necesario que el GAD participe en el mercado de valores como sujeto, ya que es el único sitio donde se pueden negociar valores. En el siguiente apartado se explicará qué es y como está conformado el Mercado de Valores, además de qué forma se colocan los valores.

2. MERCADO DE VALORES

El Mercado de Valores es el lugar en donde se genera la oferta y demanda de valores, este último es su objeto principal, para la emisión, colocación y negociación (Varón Palomino & Abella Abondano, 2017, pág. 221). Para Andrade Ubidia, es el sitio donde se canalizan los recursos financieros hacía las actividades, a través de la negociación de los valores en los segmentos bursátil y extrabursátil (Los Títulos Valores en el Derecho Ecuatoriano, 2006)

Además, Víctor Cevallos Vásquez considera que la existencia del mercado de valores nacional facilita que los emisores de valores conviertan sus tenencias en efectivos y para aquellos que tienen efectivo compren los valores. (Manual de Derecho Mercantil, 2013, pág. 508).

Para Fernando Martínez los valores tienen como característica, el ser de contenido patrimonial, lo que conlleva a que sea negociable en el sentido de ser capaces de contratación masiva e impersonal, no solo en un mercado primario sino también en un secundario (Manual de Derecho Mercantil, 2014, pág. 301). Al ser negociables los valores suponen contar con un instrumento que permita captar recursos del público, siendo representada a través de documento o instrumento idóneo de contenido patrimonial y la disposición del derecho que incorpora (Valencia Copete & Garcés, 2008, pág. 731).

Según el artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores, se considera valor al derecho de contenido económico y negociable, la normativa ecuatoriana establece los tipos de valores, tales como las acciones, obligaciones, bonos, cuotas de fondos de inversión colectivos, valores de contenido crediticio, de participación y mixto que provengan de procesos de titularización, entre otros.

Los valores se negocian en el mercado primario o secundario de valores, la primera debe interpretarse como aquel lugar en el que se distribuyen de manera originaria los valores. Desde un punto de vista económico conlleva al ahorro hacia la inversión, como alternativa al mercado de crédito, y desde una posición jurídica, a la adquisición primaria de los valores negociables (Muñoz Machado, 2010, pág. 123). Así mismo, el mercado secundario es la venta de aquellos valores adquiridos en un mercado primario por quien los compro originariamente (Cidoncha Martín, 2009, pág. 124). Es decir son negocios que se realizan de manera posterior a la primera colocación

Una vez explicado de manera general qué es el Mercado de Valores en el Ecuador, es necesario explicar de manera sucinta quienes conforman el mercado de valores. Se considera conformado por la bolsa de valores, el catastro público de valores y por las casas de valores. La bolsa de valores son sociedades anónimas creadas con el fin de proporcionar infraestructura y servicios eficaces en la negociación de valores (Ramirez Solano , 2001). El catastro público del mercado de valores es el registro de información pública, referente a los emisores y valores a emitirse, y es esencial la inscripción, para la participación en el mercado bursátil. Las casas de valores son las únicas habilitadas para actuar en calidad de intermediaria en la compra y venta de valores (Andrade V, 2003, pág. 156).

En relación con quienes participan en el mercado de valores, se destacan dos grandes grupos, emisores e inversionistas, el primer grupo se caracteriza por ser entidades o unidades económicas que requieren financiamiento; quienes a su vez se clasifican en i) emisores públicos, que comprenden el gobierno central, seccional, instituciones y organismos gubernamentales y empresas pública, ii) emisores privados iii) patrimonios autónomos, fondos colectivos, entre otras figuras. Los inversionistas son aquellas personas naturales o jurídicas de Derecho público o privado, cuya capacidad económica les permite invertir en valores emitidos por los emisores, y para la debida adquisición deben acudir a los intermediarios (Ayala Brito & Becerril Sánchez , 2011, pág. 45).

De lo mencionado en párrafos anteriores podemos destacar que los Gobiernos Autónomos Descentralizados al formar parte del sector público, pueden ser participantes del mercado de valores dentro del segmento bursátil. Para lo cual se deberá considerar la regulación de la participación del sector público en calidad de emisor de valores, la misma que se encuentra establecida en el Tomo IX, Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros. Es esencial la inscripción en el catastro público del mercado de valores de las entidades del sector público para su participación, esta se caracteriza por ser automática, debe ser notificada a la Superintendencia de Compañías con su debida justificación legal para emitir valores.

3. TITULARIZACIÓN

De conformidad con el artículo 138 de la Ley de Mercado de Valores, la titularización "es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo", Lovato Saltos (2013) califica la definición dada por la legislación ecuatoriana como imprecisa, debido a la falta de determinación en relación con los elementos esenciales, lo que implica la utilización de doctrina para resaltar las características de este proceso.

Para Mario Kenny la titularización es un procedimiento mediante el cual determinados activos ilíquidos, se transforman en activos financieros líquidos, para su negociación en el mercado de capitales, en forma de valores, es decir es un proceso a través del cual se emiten valores susceptibles de colocación y negociación en el segmento bursátil (Titulización y Fideicomiso Financiero, 2007, pág. 1).

Juan Manuel Preire, la define como un proceso nuevo en referencia a las alternativas preexistentes, tales como la colocación de acciones y la emisión de obligaciones, debido a que esta modalidad conlleva a financiarse a través de la enajenación de derechos de cobro, los cuales se encuentran incorporados en valores. La titularización agrupa activos o derechos de cobro, los cuales se transfieren a un patrimonio autónomo, adquiriéndose de esta manera fondos mediante la emisión de valores, y estos últimos ofreciendo a los inversionistas un derecho de participación o crédito sobre tales activos (El Contrato de Fideicomiso Financiero, 2012, págs. 136-137).

De las definiciones aportadas por doctrinarios y legislación ecuatoriana, se destacan ciertas características que a simple vista resultan útiles, debido a que el agente que necesita liquidez puede lograr convertir sus activos en líquidos en un plazo menor, por consiguiente, obtiene efectivo al tiempo presente, mejorando su balance para el cumplimiento de sus objetivos o finalidades.

El proceso se desarrolla en el segmento bursátil del mercado de valores, y surge como consecuencia de la búsqueda de nuevas alternativas de financiamiento a menor costo. Mario O Kenny (2007) establece que la titularización es una fuente de financiamiento fuera de balance, ya que el agente para financiarse utiliza activos, los cuales se transfieren a un patrimonio ajeno, es decir no se registra pasivo. Esta idea la fundamenta Jaime Arrubla al establecer que mediante este mecanismo se obtiene recursos frescos sin necesidad de endeudarse como consecuencia de la reducción del activo sin incrementar el pasivo (Contratos Mercantiles, 2016).

En definitiva, la titularización trae consigo expectativas de gran potencial, ya que a través de esta, se obtienen recursos del mercado de valores a menor costo, y aumenta la liquidez de los agentes al convertir activos inmovilizados en valores negociables. Además a través de este proceso se reactiva las ofertas en el mercado de valores en su segmento bursátil, y se convierte en una gran competencia para el sistema financiero.

De conformidad con el artículo 139 de la Ley de Mercado, los sujetos que intervienen en una titularización son: (i) el originador, (ii) Agente de manejo, (iii) patrimonio de propósito exclusivo, (iv) inversionistas, y (v) comité de vigilancia.

El originador también conocido como constituyente puede ser una o más personas naturales o jurídicas, de Derecho público o privado, nacional o extranjera, que poseen activos o derechos de los cuales se espera recibir ingresos, susceptibles de titularización (Escobar Gallo & Cuartas Mejías , 2006).

El agente de manejo es una sociedad que se dedica a la administración de fondos y fideicomisos, y se encuentra autorizada para ejecutar el proceso de la titularización (Contratos Mercantiles, 2016); sus funciones de conformidad con el artículo 139, son: 1) recibir los activos o derechos susceptibles de ser titularizados, 2) crear el patrimonio de propósito exclusivo; 3) emitir valores, 4) colocar los valores en oferta pública; 5) realizar operaciones administrativas que coadyuven a la obtención de flujos futuros .

El patrimonio de propósito de uso exclusivo, es un patrimonio autónomo, separado del patrimonio del originador y del agente de manejo, el cual se compone por los activos que transfiere el originador, y tiene como finalidad respaldar la emisión de valores (Farina, 2014, pág. 32). Finalmente, Los inversionistas se caracterizan por ser personas naturales o jurídicas que suscriben valores mediante la aceptación de una oferta como resultado de un proceso de titularización (Yzquierdo Tolsada, Gómez de Zayas, Ibañéz Jiménez, & Borgia Sorrosal, 2014).

Es necesario agregar que la doctrina colombiana adiciona como sujetos de la titularización aparte de los mencionados, a la administradora, la colocadora, el estructurador y la calificadora de riesgo (Blanco Barón, 2015). En la legislación ecuatoriana el estructurador y la calificadora de riesgo a pesar de no formar parte de los sujetos de la titularización, intervienen de manera directa en el proceso.

Así, la administradora se encarga de custodiar los activos objetos de la titularización, recaudar y transferir los fondos provenientes al agente de manejo (Jaramillo Betancourt, 2010). Mientras que la colocadora colabora con el emisor, para lograr que los valores objeto de la titularización sean distribuidos en el mercado bursátil, tal gestión es conocida como “Underwriting” (Jaramillo Betancourt, 2010).

Bajo criterio de Sergio Rodríguez el proceso de titularización no es fácil, ya que toda emisión de deuda conlleva a un análisis financiero de manera particular sobre el mercado y sus expectativas en relación con la emisión; de esta manera será el estructurador previo a la ti-

tularización, quien analizará las necesidades de la entidad y sus alternativas, de ser el caso recomendará la titularización y definirá las características de la emisión (Negocios Fiduciarios , 2017).

Para que exista un mercado informado, se ha acudido a las calificadoras de riesgos, son entidades especializadas en evaluar las emisiones de valores, asignando una calificación, la cual no es exacta sino referencial, previo a la colocación y adquisición por parte de los inversionistas, sobre la oportunidad o capacidad de pago por parte del emisor.

De la definición aportada se debe destacar que la calificación no es para quien emite los valores, ni mucho menos para el originador, debido a que el objeto de la calificación es únicamente la emisión de los valores en relación con sus características, una de ellas son los activos que integran el patrimonio autónomo y que respaldan el proceso de la titularización, y el vehículo a utilizar para instrumentar el proceso de la titularización, que generan confianza.

Luego de haber definido a los participantes del proceso de titularización, es necesario destacar que en calidad de originador puede intervenir un Gobierno Autónomo Descentralizado que se encuentran en búsqueda de recursos para el desarrollo de proyectos o prestación de servicios públicos, para lo cual deberá emitir valores, los mismos que deben estar respaldados por patrimonio autónomo constituido con bienes o derechos susceptibles de titularización. Según el artículo 143 de la Ley de Mercado de Valores, se puede titularizar: (a) Bienes o derechos existentes generadores de flujos futuros determinables, y (b) Derechos de cobro sobre ventas futuras esperadas, esperando que los mismos generen flujos futuros determinables.

El vehículo jurídico que se debe utilizar para estructurar la titularización, de conformidad con el artículo 140 de la Ley de Mercado de Valores, es el fideicomiso Mercantil, debido a que ofrece varias ventajas, entre ellos: (1) gestión de intereses ajenos; y (2) la creación de un patrimonio autónomo (Contratos Mercantiles, 2016), este último de conformidad con el artículo 141, no se encuentra sujetos a gravámenes ni medidas preventivas por parte de los acreedores del originador o de los acreedores. Sin embargo, en relación con los acreedores de los inversionistas, los mismos podrán perseguir los derechos o beneficios que surjan de los valores que adquirió.

Es claro que, por medio de la titularización se negocian valores, los cuales de conformidad con el artículo 147 de la Ley de Mercado de Valores, son de tres tipos: de contenido crediticio, de participación y mixto. El valor de contenido crediticio es un derecho a favor de los inversionistas de percibir por parte del emisor la cancelación del capital e intereses; el valor de participación certifica que el inversionista adquiere un derecho o porción del patrimonio de propósito exclusivo, con participación en los resultados de utilidad o pérdidas que genere; finalmente, los valores mixtos son una combinación entre valores de participación y de contenido crediticio. (Guía Temática Financiera, 2007, pág. 221).

De conformidad con el artículo 148 de la Ley de Mercado de Valores, los valores se representan mediante títulos o anotaciones en cuenta. Debido a la naturaleza y cuando consten en un soporte cartular los valores surgen de la titularización, serán nominativos o a la orden. Son valores nominativos cuando se expiden a favor de una persona determinada, y para su transmisión se necesita de anotaciones en los libros del emisor, y serán valores a la orden, cuando el cambio de la persona titular se realiza mediante una declaración unilateral por el último tenedor, tal declaración es conocida como endoso (Rodríguez Moreno, 2006).

En la legislación ecuatoriana existen varios tipos de titularización, entre ellas, la titularización de flujos futuros, que de conformidad con el artículo 159 de la Ley de Mercado de Valores, consiste en la emisión de valores con cargo a un patrimonio autónomo, constituido por derechos existentes que son de propiedad del originador, mediante los cuales se prevén generar flujos a futuro. Para entender la aplicación y proceso de este tipo de titularización con la participación de los gobiernos autónomos descentralizados en calidad de originador, se considerará la segunda titularización que realizó el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Guayaquil en el año 2015, en aplicación con la normativa que hace posible su instrumentación.

4. PROCEDIMIENTO DE LA TITULARIZACIÓN EN LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS

A partir del caso y de la normativa que regula la titularización en la legislación ecuatoriana, se explicará el procedimiento aplicable para la titularización en los Gobiernos Autónomos Descentralizados como fuente de financiamiento.

La casuística nos determina que el originador de la titularización es el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, el cual de conformidad con el artículo 55, literal c del COOTAD, tiene como competencia exclusiva la planificación, construcción y mantenimiento de la vialidad urbana. Para el cumplimiento de esta competencia el Municipio creó el Programa Integral de Obra Viales de Zonas Densamente Pobladas de la ciudad de Guayaquil Fase III, el cual incluyó la pavimentación de calles con hormigón asfaltico en sectores populares.

Para ejecutar esta última, necesitó de fuentes alternativas de ingresos, escogiendo entre sus opciones la participación en un proceso de titularización, sujetando la misma a la categoría de titularización de derechos existentes generadores de flujos futuros, por un monto de veinte millones; proceso la cual se encuentra respalda por la Ley de Mercado de Valores, el Código Orgánico de Organización Territorial y el Código Orgánico de Finanzas Públicas.

El Municipio determinó la titularización de flujos futuros como fuente de financiamiento, observando los siguientes pasos:

1. Resolución del órgano administrativo que autorice la titularización, es decir el Consejo del Gobierno Autónomo Descentralizado debe aprobar y autorizar. Al respecto, el Municipio de Guayaquil, mediante acta de sesión ordinaria del Consejo Municipal, de fecha 27 de marzo del año 2014 autorizó "La titularización de flujos futuros para financiar obras públicas de pavimentación de sectores populares".

2. El Gobierno Autónomo Descentralizado bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe contratar a un estructurador legal y financiero para el proceso de la titularización. El Municipio de Guayaquil, contrató como estructurador legal a Profilegal Ltda., encargándole los siguientes objetivos:

   a) Constitución del fideicomiso mercantil irrevocable, en calidad de vehículo del proceso de titularización, mediante escritura pública;

   b) Elaboración del prospecto de oferta pública para su aprobación por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros;

   c) Declaración juramentada de que los activos se encuentran libres de gravamen;

d) Gestión legal para obtener la autorización y aprobación por parte del Comité de Deuda Pública y Financiamiento del Ministerio de Finanzas;

e) Obtener aprobación de la oferta pública por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros;

f) Inscripción de la titularización en la bolsa de valores de Guayaquil;

g) Inscripción de la titularización en el catastro público de valores;

h) Solicitar a la Contraloría General del Estado que realice la correspondiente auditoría financiera.

Además, el estructurador financiero contratado fue Citadel Casa de Valores S.A., se encargó de establecer la estructura de los valores, mismos que fueron de contenido crediticio, recomendó el monto a emitir, el cual fue por veinte millones, colocó los valores en la bolsa para la respectiva adquisición por parte de los inversionistas, valores que fueron colocados en su totalidad, recaudándose los veinte millones que sirvieron para la ejecución de obras públicas de pavimentación de sectores populares.

3. Suscripción del contrato de fideicomiso mercantil de titularización, el cual se otorga mediante escritura pública, creando el patrimonio autónomo y por consiguiente la transferencia de los activos por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado. El Municipio de Guayaquil y la administradora de fondos de inversión y fideicomisos Futura Futurfid S.A. en cumplimiento al procedimiento, mediante escritura pública de fecha 24 de noviembre del 2015, en calidad de constituyentes suscribieron el fideicomiso mercantil irrevocable denominado “Segunda Titularización –cems – Municipalidad de Guayaquil”, patrimonio autónomo al cual se transfirió el derecho de cobro que consistía en percibir el cuarenta por ciento de los flujos generados por el pago de las contribuciones especiales por parte de los contribuyentes. El derecho titularizado existente es generador de flujos futuros, es decir es previsible que a futuro se va obtener liquidez como consecuencia de la ejecución del mismo.

El objeto del fideicomiso para el proceso de titularización tuvo como finalidad, entregar al originador los recursos que fueren pagados por los inversionistas por la adquisición de valores, para que este,

con tales recursos logrará una fuente de financiamiento para la pavimentación de calles con hormigón asfáltico en sectores populares de la ciudad de Guayaquil.

4. Contratación de una compañía calificadora de riesgo con la finalidad que fije una calificación a la titularización. Al ser así, Class International Rating S.A., la encargada de calificar la Segunda Titularización del Municipio, otorgó mediante sesión de fecha 30 de noviembre del 2015 la calificación AAA, como resultado que el patrimonio autónomo contaba con capacidad de generar los flujos esperados y dar cumplimiento con sus obligaciones establecidas en los contratos de emisión.

5. Elaboración del prospecto de oferta pública, este es un comunicado que contiene información suficiente sobre los términos de la oferta y descripción de los valores que se ofrecen en el mercado, el cual deberá ser aprobado por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

6. Solicitud de aprobación del Ministerio de Finanzas, en aplicación con el artículo 142 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establece que "Las emisiones de títulos valores incluidas las titularizaciones de otras entidades públicas, financieras y no financieras, requerirán de la aprobación del ente rector de las finanzas públicas"; mediante resolución ministerial No. 0189 de fecha 22 de septiembre del 2015 el GAD obtuvo la autorización de la segunda titularización.

7. Solicitud de autorización de emisión de valores producto del proceso de titularización a la Superintendencia de Compañías, de conformidad con el artículo 1 de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros, Capítulo V, para lo cual se deberá otorgar: prospecto de oferta pública, escritura pública en el que consta el vehículo que será utilizado para la titularización y reglamento de gestión. Además, al tratarse de una titularización de flujos futuros, se necesitará la declaración juramentada donde conste que los bienes que integran el patrimonio autónomo se encuentran libres de gravámenes y estudios técnicos económicos donde se materialice la viabilidad de generar los flujos proyectados.

Constatada la información mencionada, la superintendencia dispondrá la inscripción en el catastro público del Mercado de Valores del emisor y de los valores que se van a emitir; aprobar el proceso de titulari-

zación y finalmente autorizar la oferta pública debido a la aprobación del contenido del prospecto público. Así, el GAD obtuvo la aprobación de la titularización por la Superintendencia mediante resolución No. SCVS. INMV. DNAR.15. de fecha 29 de diciembre del 2015.

8. Finalmente, inscrita la titularización en la Bolsa de Valores, se da la colocación de los valores objeto de la titularización en el mercado bursátil, mediante el intermediario de valores, en el caso específico fue CITADEL CASA DE VALORES S.A., quién inició la colocación de los valores el 16 de marzo de 2016 y hasta el 01 de febrero del 2017 logró vender en su totalidad los valores, consiguiendo la finalidad de la titularización, es decir financiar la pavimentación de calles con hormigón asfáltico en sectores populares.

Es necesario enfatizar que la contratación de las casas de valores, calificadores de riesgos y administradoras de fondos y fideicomisos, de conformidad con la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Título III, Sección II, artículo 4, estará a cargo del comité de contratación de cada entidad del sector público y tener a cargo la convocatoria, calificación y selección. La convocatoria para la calificación y selección será publicada en la página web institucional de la Superintendencia de Compañías y Valores y seguros, con la finalidad que los interesados puedan participar, lo cual demuestra mayor transparencia al momento de efectuar la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios.

De lo mencionado, se puede destacar que el Gobierno Autónomo Descentralizado para participar como originador de un proceso de titularización de flujo futuros, deberá ser propietario de un derecho que genere flujos, el cual se transfiere a un patrimonio autónomo, y a cargo de esta se podrán emitir los valores, al formar parte del sector público es necesario obtener la autorización del Ministerio de Finanzas para proceder con el proceso de titularización, otro factor importante es la forma de contratación de los actores, tanto como del agente de manejo, casa de valores y de la calificadora de riesgo, pese a ser un proceso que da la oportunidad alternativa de financiamiento a menor costo, se debe considerar que al tratarse del sector público, el trámite se ejecuta con una serie de reglas que deben cumplirse, para precautelar los intereses de la entidad pública y sus activos, porque al final la titularización se encuentra respaldada por un activo estatal, en el caso específico liquidez que proviene de las contribuciones especiales del estado.

5. CONCLUSIONES

Luego de haber realizado un análisis exhaustivo de doctrina y legislación ecuatoriana sobre la titularización de flujos futuros como financiamiento de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, se puede denotar que esta herramienta de financiamiento trae consigo ventajas para los GADs, entre ellas la obtención de liquidez a bajo costo, mejorando el balance para el cumplimiento de las competencias exclusivas, lo cual quedó demostrado con el caso que se explicó en el acápite anterior; convirtiéndose los GADs en entidades públicas eficientes en relación con la prestación de servicios y obras públicas, y de esta manera satisfaciendo las necesidades de los ciudadanos.

Además, se observa que la titularización el cual se desarrolla en el Mercado de Valores en su segmento bursátil, se convierte en competencia de las demás alternativas que tienen los GADs para financiarse, entre ellas, el endeudamiento público, debido a que los títulos valores que se emiten en un proceso de titularización se encuentran respaldados por bienes o derechos susceptibles de generar flujos futuros, siendo probable el retorno de la inversión hacia los inversionistas. Además, estos últimos cuentan con información pública que los lleva a tomar una decisión a base de una calificación realizada por una calificadora de riesgos.

Finalmente, cuando se da la participación de un Gobierno Autónomo Descentralizado en calidad de originador se observa que existen reglas que se diferencian de la regla común, entre ellas, la autorización del ente rector de finanzas, así mismo la participación de las entidades que forman parte del proceso de titularización, son elegidas a través de un concurso público, lo que conlleva a denotar que existe mayor control y transparencia, por consiguiente, el proceso de titularización se desarrolla con total eficiencia.

De esta manera se recomienda, que se fomente mediante resoluciones emitidas por la Junta de Política, Regulación Monetaria y Financiera, la participación de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el mercado de valores en calidad de originadores de procesos de titularización, siempre que los GADs requieran de financiamiento para el cumplimiento de sus competencias. A su vez, se debe considerar que, al fomentar este tipo de participación, el uso del mercado bursátil por parte del sector público acrecentaría, ya que en la actualidad es utilizado en su mayoría por el sector privado.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrade Ubidia, S. (2006). *Los Títulos Valores en el Derecho Ecuatoriano.* Quito: Fondo Editorial.

Andrade, V. R. (2003). *Legislación Económica del Ecuador.* Quito: Producciones Digitales Abya-Yala.

Arrubla Paucar, J. A. (2016). *Contratos Mercantiles.* Bogotá: Legis Editores S.A.

Ayala Brito, G. y Becerril Sánchez, B. (2011). *Finanzas Bursátiles.* México D.F.: Instituto Mexicano de Contadores Públicos.

Baena de Alcázar, M. (2005). *Manual de Ciencia de la Administración.* Madrid: SÍNTESIS.

Baena Toro, D., Humberto Ramírez, J. y Hoyos Walteros, H. (2007). *Guía Temática Financiera*. Bógota : Ecoe Ediciones.

Blanco Barón, C. (2015). La Titularización en Colombia: veinte años de regulación 1993,2013. *Revista de Economía Institucional,*, 259-264.

Buendía, F. (2011). *Los Gobiertonos Autónomos Descentralizados.* Quito: La Tendencia .

Burneo, R. E. (2013). *Derecho Constitucional del Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Cayetano Núñez Rivero, J. M. y García Aranda, S. (2013). La Autonomía de los Entes Locales. Madrid: *Revista Teoría y Realidad Constitucional.*

Cevallos Vásquez, V. (2013). *Manual de Derecho Mercantil.* Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Cidoncha Martín, A. (2009). *Derecho a la Regulación Económica*. Madrid: IUSTEL.

Dromi, R. (2015). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Hispana Libros.

Escobar Gallo, H. y Cuartas Mejías , V. (2006). *Diccionario Económico Financiero.* Medellín: Universidad de Medellín.

Farina, J. M. (2014). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Ivanegra, M. M. (2005). *Principios de la Administración Pública*. Buenos Aires : De Palma.

Jaramillo Betancourt, F. (2010). *Valoración de Empresas*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Kenny, M. O. (2007). *Titulización y Fideicomiso Financiero*. Buenos Aires: Errepar.

Lovato Saltos, J. I. (2013). Propuesta de Reformas al Mercado de Valores Ecuatoriano. Quito: Iuris Dictio. *Revista del Colegio de Jurisprudencia*.

Martínez Damea, A. (2013). *La Necesaria Innovación en la Administración Pública*. Coruña: Netbiblo.

Martinez Sanz, F. (2014). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.

Muñoz Machado, S. (2010). *Derecho de la Regulación Económica*. Madrid: Iustel.

Peire, J. M. (2012). *El Contrato de Fideicomiso Financiero*. Buenos Aires: Dunken.

Ramirez Solano, E. (2001). *Moneda, Banca y Mercado Financieros*. México: Pearson Eduación de México S.A.

Rodriguez Azuero, S. (2017). *Negocios Fiduciarios*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Rodríguez Moreno, H. (2006). Apuntes Básicos en Materia de Títulos Valores. Medillin: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*.

Solbes Mira, P. (2007). *La Titulización de Activos en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Iberoaméricano del Mercado de Valores .

Temiño Aguirre, I. (2007). *El Mercado Hipotecario en Latinoamérica*. Madrid: Esic Editorial.

Valencia Copete, C. y Garcés, L. R. (2008). *Derecho de los títulos valores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vallina Velarde, J. L. (1961). La Desconcentración Administrativa. Oveido: *Revista de Administración Pública.*

Varón Palomino, J. C. y Abella Abondano, G. D. (2017). *Régimen del Mercado de Valores*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Villavicencio, G. (2004). *La Descentralización y la Situación de los Gobiernos Seccionales.* Quito: Tramasocial.

Yzquierdo Tolsada, M., Gómez de Zayas, B., Ibañéz Jiménez, J. W. y Borgia Sorrosal, S. (2014). El Contrato de Suscripción de Valores negociables. En R. Bercovitz Álvarez, S. Borgia Sorrosal, O. Carreras Manero , L. M. De Dios Martínez, S. De Miguel Arias, J. I. Fernández Aguado, . . . M. Yzquierdo Tolsada. *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus Complicaciones Tributarias* (pág. 54). Pamplona: Aranzadi SA.

Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo.* Guayaquil: Edilex.

Base Legal

Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial 449.

Asamblea Nacional (2010). Código Orgánico de Organización Territorial . Quito: Registro Oficial 303.

H. Congreso Nacional (2006). Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores. Quito: Registro Oficial 215.

Recibido: 10 de septiembre de 2018

Aceptado: 26 de noviembre de 2018

Francisco Xavier Jácome Marín, Mgtr.: Docente titular UEES

Correo electrónico: fjacome@uees.edu.ec

Ab. Tanya Mishell Guillen Triana.: Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

Correo electrónico: rfj.derecho.puce@gmail.com

Megaproyectos de Infraestructura: La relación Estado-Ciudadanos

Infrastructural Megaprojects: Relationship between State and Citizens

Mgtr. Álvaro Orbea Cevallos (Autor corresponsal)
Investigador jurídico independiente

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 355-398, ISSN 2588-0837

RESUMEN: esta investigación revisa tres casos de estudio donde el Estado ha enfrentado conflictos con individuos y sociedad civil por la construcción de megaproyectos, elaborado en el marco para el evento de Habitat III en Quito (2016). El megaproyecto es un proceso socio-espacial en el que se manifiestan múltiples racionalidades que entienden y se apropian de la obra. El Estado como un ente tecnocrático, entendido como el promotor de estas obras, tiende a apropiarse del discurso modernizador donde no se reconocen los conflictos sociales. El rol del Estado incurre en una contradicción al tener la responsabilidad de salvaguardar los derechos de sus ciudadanos y al mismo tiempo defender el megaproyecto. En los tres casos analizados se presenta al Estado como un promotor del mega-proyecto, como un garante de los derechos de ciudadanos, y como el ente que legalmente institucionaliza las pretensiones de opositores al proyecto.

PALABRAS CLAVE: conflicto social, favela, Estado, ciudadanía, participación.

ABSTRACT: this research reviews three case studies where the State has faced conflicts with individuals and the civil society during the development of mega-projects, and it was developed for the Habitat III event in Quito (2016). The development of a mega-project is a socio-spatial process in which multiple rationalities understand and appropriate its space. The State as a technocratic entity becomes the promoter of a mega-project employing a discourse based on modernization where social conflicts are not recognized. The role of the State incurs a contradiction by having the responsibility to

safeguard the rights of its citizens and at the same time defend the development of the mega-project. In the three cases analysed, the State is presented as a promoter of the mega-project, as a guarantor of the rights of citizens, and as the entity that legally institutionalizes the claims of opponents of the project.

KEY WORDS: conflicts, favelas, State, citizens, participation.

INTRODUCCIÓN

El megaproyecto es más que una obra material de infraestructura. Es un proceso socio-espacial en el que se manifiestan múltiples racionalidades que entienden y se apropian de la obra mediante prácticas de apoyo, rechazo, resistencia y cooptación. En este proceso surgen relaciones de poder entre el Estado, ciudadanos y favelados que para efectos de la investigación se lo conceptualiza como ciudadanía. El proceso de un megaproyecto provee espacios para reclamar el reconocimiento de derechos, inclusive cuando el mismo Estado los reprime. La resistencia contra los megaproyectos no necesariamente se materializa en protestas o procesos judiciales. Esta existe en las prácticas diarias de las personas que confrontan la visión única del discurso modernizador que acompaña la obra. Son estas prácticas cotidianas o resistencias frontales en donde se exige el derecho a coproducir la ciudad. Sin embargo, los megaproyectos de infraestructura son planificados desde una visión tecnocrática que no da la apertura para que exista una coproducción. Se valoran solamente los estudios técnicos para declarar procedente una obra de infraestructura y se relega el impacto social o conflictos que ésta podría producir. El Estado, entendido como el promotor de estas obras, tiende a apropiarse del discurso modernizador que no reconoce los conflictos sociales que la obra produce. El rol del Estado incurre en una contradicción al tener la responsabilidad salvaguardar los derechos de sus ciudadanos y al mismo tiempo defender el megaproyecto.

Esta investigación, plantea tres casos de estudio y explica sobre cómo el Estado ha negociado con individuos y sociedad civil para la construcción de megaproyectos.

1. La construcción del *teleférico do Alemão* en Río de Janeiro, Brasil.

2. El desalojo de la comunidad de Río Grande por el Multipropósito de Chone, Ecuador.

3. La planificación de la Solución Vial Guayasamín en Quito, Ecuador.

En los tres casos, el Estado opera como un promotor del megaproyecto, un garante de los derechos de ciudadanos, y como el ente que legalmente institucionaliza las pretensiones de opositores al proyecto.

1. EL PROCESO DE LOS MEGAPROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

El discurso modernista de un megaproyecto que lo convierte en un catalizador para el desarrollo, ha sido cooptado por actores políticos e insertado en las narrativas de progreso. Durante los últimos diez años, Ecuador ha desarrollado un programa masivo de obras públicas, promoviendo como meta el "Buen Vivir" que ha determinado el éxito político de la administración más reciente basada en un tipo de Estado de bienestar a través de la construcción de masivas obras de infraestructura.

Esta investigación desarrolla el concepto de megaproyecto como un proceso que trasciende la materialidad de la infraestructura. Se define como un desarrollo capaz de transformar profundamente el contexto en el que se emplaza, en un corto período de tiempo. El megaproyecto requiere la combinación y coordinación de estrategias de inversión pública y privada (Moreno, 2008). Los megaproyectos son relevantes en el debate académico y opiniones políticas debido a sus consecuencias físicas, sociales, políticas y económicas (Gualini y Majoor, 2007).

La crítica de los megaproyectos es variada, pero es consistente en la denuncia que el alcance de la obra es lograr la visión generalizada de una "ciudad global" produciendo una 'splintered metropolis' (Graham y Marvin, 2001), un espacio fragmentado y desarticulado, donde la obsesión por la homogeneización produce ciudades genéricas o 'no lugares' que están privatizados, segregados y controlados. Al ser soluciones infraestructurales técnicas, hay un reducido interés en estudiar el contexto social en el que estas obras se emplazan.

El proceso de un megaproyecto produce un 'choque de racionalidades' entre los sistemas tecnocráticos de la administración pública y las lógicas inherentes a las comunidades afectadas por el proyecto (Watson, 2008:2259). En los tres casos de estudio, la racionalidad estatal que persigue un 'bien común' vulnera las lógicas de particulares o colectivos que emplean todas las herramientas a su alcance para

sobrevivir. Además, el megaproyecto se lee técnica y políticamente, quebrando canales de comunicación con los sujetos que no hablen ese idioma. El resultado de este choque provoca desenlaces inesperados que la planificación tecnocrática es incapaz de predecir (Watson, 2008: 2272). Cuando la planificación crea un plan de trabajo sin considerar estos conflictos, estos se vuelven un impedimento para la realización del megaproyecto y la lógica estatal opta por eliminarlos antes que alcanzar una negociación.

Frente a la negativa del Estado para entender múltiples racionalidades y buscar la participación activa de los afectados, se activan espacios de protesta donde se reclama el efectivo ejercicio de derechos. En esta práctica democrática se producen ciudadanías que retan su concepto liberal, como el vínculo jurídico-político de una persona con el Estado.

El discurso modernizador del megaproyecto es defectuoso porque deja de lado cualquier tipo de conflicto social y determina el futuro del mismo sobre una estructura ideológica, en lugar de dejar el futuro abierto, abriendo espacios para deliberación (Holston, 2008). En los tres casos de estudio, el megaproyecto presenta una visión única y (des)conflictuada.

2. LA PROBLEMÁTICA

El problema radica en que toda negociación que el Estado pueda proponer a la sociedad civil, tenga como punto de partida una abstracción, impidiendo que la racionalidad no-estatal sea válida en una discusión.

Como consecuencia, los megaproyectos posteriormente se enfrentan a las interpretaciones alternativas sobre la obra integralmente. Esto se expresa en prácticas cotidianas que violan o subvierten la abstracción de lo que 'debería ser' el megaproyecto. Estas prácticas, definidas como insurgentes constituyen los actos cotidianos y luchas que los ciudadanos tiene que negociar para convertirse en miembros del Estado moderno (Holston, 2008). La ciudadanía: una estructura para entender la relación Estado-particulares frente a un megaproyecto.

Se de-construye el concepto de ciudadanía que asume el Estado como "la única fuente legítima de los derechos de los ciudadanos" (Holston, 1998:39), y se entiende al mismo como un proceso que está basado en las prácticas y demandas de la sociedad civil. Para efectos de la investigación se conceptualiza a la ciudadanía como un proceso

dinámico en el que las personas no nacen como ciudadanos, sino que son herederos de luchas que tienen el potencial de producir una democratización de las relaciones sociales (Machado da Silva, 2004: 27). Los conflictos urbanos constituyen el espacio propicio para que la sociedad civil reclame derechos de manera frontal o pasiva, y constituya nuevas formas de ser ciudadanos (Holston y Appadurai, 1999:20). Finalmente, se reconceptualiza la ciudadanía para descifrar el manejo de las diferencias sociales, y la institucionalización de las desigualdades en las normas, que regulan los procesos de participación, en la planificación y ejecución de los megaproyectos (Holston, 2008).

En el contexto ecuatoriano, la ausencia del Estado, tanto en áreas urbanas y rurales del país conllevó a que espacios en el territorio nacional se 'autoconstruyan' (Holston, 2008).

Es importante aclarar en la relación entre los ciudadanos y el Estado frente a la oposición de un megaproyecto, no solo persiguen sus objetivos a través de actos de resistencia o de movilización social, sino a través de una negociación casi perpetua que puede –o no– producir afianzamiento, persistencia e inercia, aceptando así un régimen de ciudadanía diferenciada (Holston, 2008). Hay que aclarar que los tres casos de estudio tratados en esta investigación involucran grupos que no solo han resistido a la construcción de megaproyectos denunciando los procedimientos legales que impiden su participación en el proceso de toma de decisiones, sino que también han aceptado los términos que perpetúan la pérdida de poder ciudadano.

En el primer caso se analizan las concesiones y oportunidades que el megaproyecto generó para los ciudadanos del Complejo de *Alemão,* frente a las políticas públicas y estrategias estatales que buscaban incluirlos en la 'ciudad formal'.

En el segundo caso se evalúa la escasa comprensión estatal de la racionalidad de los afectados del Multipropósito de Chone para llevar a cabo una negociación productiva.

Y en el tercer caso se exponen los actos de los afectados por la Solución Vial Guayasamín como demandas de participación en la toma de decisiones del megaproyecto.

3. LAS ESTRUCTURAS NORMATIVAS QUE PRODUCEN O LIMITAN LA PARTICIPACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES DE UN MEGAPROYECTO

La ley puede ser entendida de dos maneras, como una institucionalización del *status quo*, y como un instrumento para navegar hábilmente los procedimientos legales y burocráticos que ofuscan problemas y neutralizan oponentes (Holston, 2008). La capacidad de entender, criticar e infiltrarse en las estructuras normativas que dictan las abstracciones legales, determina la capacidad de un ciudadano para ser parte del proceso de toma de decisiones de un megaproyecto, a pesar que no sea una obligación normativa. Esta investigación se centra ampliamente en los recursos y los procedimientos legales y administrativos que genera el proceso de un megaproyecto. La investigación se enfoca principalmente en el caso ecuatoriano y analiza las obligaciones jurídicas del Estado para generar una participación activa de los afectados por un megaproyecto. Para lo cual expone la estructura jurídica que tienen las empresas estatales que planifican los megaproyectos para evaluar si es que están diseñadas para admitir la racionalidad de la sociedad civil. Además, se plantea de un modo abstracto y cronológico los procedimientos legales en los que el Estado debe incluir la opinión ciudadana y se evalúa qué tipo de participación ciudadana busca la norma.

En el primer caso se analizan las políticas públicas que la Oficina de Gestión de Proyectos de Río de Janeiro (EGP-RIO) y la Empresa Municipal de Obras Públicas (EMOP) debieron aplicar para la construcción del *teleferico do Alemão.*

En el segundo caso se presentan las denuncias sobre cómo se llevaron a cabo las obligaciones legales que demandaban una participación ciudadana de parte de la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA), expuestas en acciones judiciales y constitucionales. También se presenta el análisis de las instituciones jurídicas que fueron usadas por parte del Estado central para ejecutar el proyecto.

En el tercer caso se estudia la estructura normativa de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMMOP-Q) para evaluar sus capacidades generadoras de participación ciudadana. Se estudia el contrato de alianza estratégica entre la EPMMOP-Q y la empresa contratada bajo la Ley Orgánica de Empresas Públicas para revelar el potencial de la misma para evitar la participación ciudadana.

3.1. Teleférico do Alemão

El teleférico do Alemão es un megaproyecto ubicado en el *Complexo do Alemão,* en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, fue construido por la compañía Odebrecht e inaugurado en el 2011 por el gobierno brasileño (Business Monitor International, 2014, pág. 38). Para su construcción se empleó el fondo del Programa de Aceleración para Crecimiento (en adelante PAC) que constituyó el gobierno federal de Brasil en el 2007. El objetivo del programa fue el de dotar de infraestructura básica en los espacios más deprimidos económicamente, como las favelas de Río de Janeiro.

El *Complexo do Alemão* es un área que contiene 15 favelas y una población de 89.912 habitantes. Tiene un índice de desarrollo humano de 0,51, un déficit de equipamientos urbanos y se caracteriza por tener graves problemas de alcantarillado y saneamiento (Oosterbaan y van Wijk, 2014, pág. 188). El *Complexo* recibió en su total $288 millones de dólares para ejecutar obras de infraestructura, del cual el 22,35%, es decir $64 millones sirvieron para financiar el teleférico, con un costo operativo de $15,3 millones al año (Duarte, 2014, pág. 11). El objetivo de la obra, según el Estado, era proveer una solución de movilidad inmediata para que los residentes del Complexo puedan tener acceso a la 'Supervía', al tren suburbano de Río de Janeiro, que les permita acceder a la 'ciudad formal', permitiendo que sus moradores tengan derecho a la ciudad.

En este sentido al *teleférico do Alemão*, se puede entender como un megaproyecto por ser una obra que en un corto tiempo debía reconfigurar el contexto en el cual se emplazaba. Criticada por absorber gran parte de los fondos del PAC, debido a que restaba prioridad a otras que proveían servicios básicos que los residentes de *Alemão* carecen. Generó así un turismo caracterizado por promover una desconexión con los moradores del *Complexo*. A esta obra se la debe entender como parte del discurso global del Estado frente a las favelas, y como un objeto que los residentes del *Complexo do Alemão* podían usar como una plataforma para negociar con el Estado. Que repercute en una contraposición lógica con los habitantes del *Complexo* con respecto al entendimiento de la movilidad como mecanismo de inclusión de los favelados en la 'ciudad formal'. Finalmente, el megaproyecto tuvo que aplicar un conjunto de políticas públicas para involucrar a la comunidad, pero estas debieron ser adecuadas al cronograma apretado que el Estado de Río debía cumplir (EMOP, 2015).

3.2. El contexto de las favelas en Brasil

Las favelas de Brasil, particularmente las de Río de Janeiro, son asentamientos humanos que históricamente han padecido problemas de insalubridad, seguridad, movilidad, servicios básicos, entre otros. Son espacios que se desarrollaron paralelamente al incremento de la oferta de trabajo manual en las ciudades brasileñas y el decrecimiento del mismo en sectores rurales. Fueron y son opciones válidas para personas con escasos recursos económicos por ser una oportunidad accesible para habitar la ciudad y estar en relativa cercanía con su actividad económica (Duarte, 2014). El rechazo o negación histórica de las mismas trajo consigo procesos de autoconstrucción (Holston, 2008) donde frente a un Estado ausente se desarrollaron actividades paraestatales.

La favela debe ser entendida como una entidad dentro de la ciudad que sobresale por tener una relación simbiótica con el Estado.

Desde 1979, el Banco Nacional de la Vivienda marca la pauta de intervención en las favelas mediante la construcción de infraestructura de servicios urbanos como mecanismo de inclusión en la ciudad formal (Duarte, 2014, pág. 26). A raíz de dicho plan, nace el "programa *Favela Bairro*" como un medio para dotar de infraestructura básica que ofrezca las condiciones ambientales para la integración de las favelas (Veríssimo, web). Las principales observaciones a este programa radican en la falta de participación de la comunidad en el diseño de estudios preliminares de los proyectos y en los recursos limitados que existieron para materializar los planes. En 2007, el gobierno Federal de Brasil creó el PAC. Desde la visión estatal, el PAC tiene como objetivo el financiamiento de la planificación y ejecución de obras de infraestructura de grandes proporciones, con miras a la solución de problemas como transporte urbano, servicios básicos, mejoramiento de calidad de vida y espacios para los beneficiarios. La administración de estos fondos estatales, se encuentra bajo la premisa de la comunicación entre los diferentes niveles de gobierno que intervienen en los proyectos. Funciona entre gobiernos federales, estatales y/o municipales, asegurando así la responsabilidad del avance de las obras y el manejo de impactos con los habitantes (Duarte, 2014, pág. 29).

Estos barrios ya habían sido intervenidos anteriormente, pero el alcance del financiamiento no era ideal, sino que resultó en la disminución de la calidad y cantidad de proyectos; por lo que la inyección de recursos que ofreció el PAC fue necesaria para la efectiva construc-

ción de obras (Ministério das Cidades, 2010). Los proyectos del PAC fueron herederos de experiencias adquiridas en la negociación 'Estado–Ciudadano' desarrolladas en proyectos anteriores, a pesar de las críticas que estos tuvieron. Los plazos de inversión y ejecución de un proyecto del PAC son cortos, por lo cual el tiempo de negociación para búsqueda de soluciones también disminuye.

El más reciente programa de acercamiento y 'mejoramiento' de favelas –*Morar Carioca*– debería reunir las experiencias adquiridas. Pero sus mayores críticas radican en que fue inspirado e idealizado para la Copa del Mundo 2014 y los Juegos Olímpicos de 2016, y que su objetivo principal fue mejorar la imagen de la ciudad, con un enfoque en infraestructura y capacidad turística generando resistencia en la ciudadanía, acentuada en las protestas contra los programas de reubicación y el otorgamiento de títulos formales de propiedad (Duarte, 2014).

En esta sección se evidencia que el Estado Federal y el Estado de Río de Janeiro han tenido un proceso paulatino de acercamiento con las favelas de la ciudad, cabe señalar que tal acercamiento nunca es formal, institucionalmente hablando. Los programas que se han desarrollado en las últimas cuatro décadas han generado un know-how sobre cómo funcionan las favelas y cómo se debe tratar –negociar- con los 'favelados'. Al construir proyectos de infraestructura como el Teleférico, el Estado –históricamente ausente– ha dirigido políticas públicas a las favelas basadas en negociación y paulatina aceptación del proyecto, más aun, debe ser considerable intentar comprender el contexto en el cual se va a construir el megaproyecto.

3.3. El Teleférico del *Complexo Do Alemão*

Los moradores de la favela *Complexo do Alemão* tenían la necesidad principal de provisión de una red de alcantarillado y demás problemas de saneamiento (Oosterbaan y van Wijk, 2014, pág. 188), ya que estos constituyen servicios básicos que deben ser proveídos de manera adecuada para garantizar el correcto desarrollo de los favelados. En cuanto a la movilidad, el mayor problema era la falta de conexión territorial entre las zonas comunales y vecinales, esto se ha solucionado mediante la incorporación del transporte informal, así, se usan las vías principales con caminos secundarios para llegar a todas las poblaciones del *Complexo* (Duarte, 2014).

Ante esta necesidad en el tema de movilidad, se inaugura en julio de 2011, una red del teleférico proyectada por Jorge Mario Jáuregui y Atelier Metropolitano, ofreciendo servicio de transporte vía cable para los habitantes de las 13 favelas que componen el *Complejo do Alemão*, una de las más numerosas de la ciudad (Jáuregui, 2011).

Este sistema de movilidad cuenta con 6 estaciones, con 152 góndolas o cabinas con capacidad para 8 pasajeros sentados y 2 en pie, que se desplazan a 18 km/h en un intervalo de 12 segundos entre sí. El sistema estaba diseñado para transportar a 15.000 habitantes y turistas que utilizan este transporte diariamente, con capacidad para duplicar la demanda. El Teleférico se proyectaba funcionar de lunes a viernes, de 06:00 am a 09:00 am a 21:00 horas, y los sábados, domingos y festivos de 08:00 a 20:00 pm (Jáuregui, 2011). Cada una de las estaciones cuenta con 3 pisos provistos con: un acceso en la planta baja, donde están localizadas las áreas de los servicios de utilidad pública (bancos, correo, biblioteca, servicio social, etc.); salas de apoyo técnico en el primer piso; y las plataformas de embarque y desembarque localizadas en el último piso (Jáuregui, 2011).

Tras su inauguración el Teleférico ayudó a modificar completamente el imaginario negativo que rodeaba el *Complexo do Alemão*, transformando un agrupamiento de favelas de la zona norte de Río de Janeiro, de ser un lugar de exclusión donde abundaba la presencia de bandas criminales, a un lugar de turismo, contribuyendo a generar trabajo y renta para sus habitantes, debido a la afluencia de visitantes.

Dentro del proyecto hay ventajas sociales para los habitantes, uno de ellos es el costo del servicio. Para el residente –favelado- del *Complejo de Alemão* registrado por la Supercarretera, se puede viajar de forma gratuita dos veces al día en el sistema.

3.4. El modelo de gestión participativa

Aunque el teleférico fue desarrollado dentro del proceso de proyectos financiados por el Programa de Aceleración del Crecimiento (PAC), no cuenta con un modelo de gestión participativa. Pese a que su objetivo consistía en el manejo e implementación de las políticas públicas, ejecutar obras de urbanización, y desenvolvimiento social y económico de las áreas consideradas socialmente de riesgo en Río de Janeiro.

En el 2006, el EGP-RIO desarrolló el programa *Trabalho na Técnico Social Urbanizacao de Favelas*. El objetivo principal de este era transformar las intervenciones en procesos de desarrollo sostenible en el territorio (Jurberg, N.D).

La estrategia principal fue elaborar censos de las favelas que se intervinieron. Se contrataron a moradores de *Alemão* para levantar el censo y demás aspectos socio-demográficos (EGP-RIO, 2010). Se creó una casa social en el barrio para recibir la perspectiva de los residentes y así retroalimentar los proyectos del PAC. Además, se desarrollaron talleres con la comunidad, pero esta se quejó que los talleres que se realizaron para estos fines, no fueron integrados por los residentes ni sus representantes, y que la falta de información caracterizó estos procedimientos (Duarte, 2014). La comunidad del Complejo y algunos profesionales que participaron del diseño de la obra aseguran que las estructuras principales fueron consideradas sin mayor consenso ni estudio previo (Duarte, 2014).

Vemos entonces, que el modelo de gestión participativa se concretó en un trabajo social, el censo. Al obtener la información base, EGP-RIO determinó los proyectos que debían hacerse y el trabajo con la comunidad se frenó. La Unidad de Policía Pacificadora se convirtió en el vínculo más importante entre la población de la *Alemão* y el Estado (Duarte, 2014).

La respuesta ciudadana al proyecto:

a) Uso del Teleférico

A pesar de los dos viajes gratis que los residentes reciben para el uso del Teleférico, hay una baja demanda debido a las grandes distancias que separan los barrios de las estaciones; estos prefieren movilizarse en mototaxis o camionetas. De todas formas, las estaciones se han convertido en polos de desarrollo que han integrado los modos de vida de las favelas con las actividades que se ofertan en estos espacios (Duarte, 2014).

b) Turismo

La estrategia comercial para generar un 'turismo de favela' tiene un relativo éxito en las partes próximas a las estaciones del Teleférico, debido a esto el 75% de los usuarios del Teleférico que pagan la tasa completa son turistas (Duarte, 2014). El recorrido se concen-

tra en la primera parada de Bonsucesso, donde opera la UPP y hay una plaza comercial, donde los comerciantes celebran que haya más turistas ya que se han creado nuevas oportunidades para las personas en el Complejo. De manera opuesta, se critica la falta de proximidad que tiene el turista con las favelas que no están próximas a las paradas, debido a que no se potencia el sector comercial que opera lejos del Teleférico (Freeman, 2014).

c) Costo social de las expropiaciones

La construcción del teleférico demandó la expropiación de varios predios. Sin embargo, las expropiaciones se simplificaron para acelerar este trabajo. Se reubicaron un total de 2.785 familias debido a los proyectos del PAC, a las cuales se les presentó tres opciones: compra asistida, retribución en efectivo, o la transferencia a los apartamentos de nuevas unidades habitacionales. Se construyeron 920 unidades de vivienda y se restauraron alrededor de 5.600. Existieron quejas sobre el monto que recibieron las personas que optaron por esa opción, alegando que no era suficiente para continuar viviendo en el sector. Del mismo modo los comercios fueron afectados y se les ofreció un traslado a centros comerciales, que no son tan concurridos (Duarte, 2014).

d) Saneamiento

Una de las mayores molestias de los residentes de *Alemão* debido a la falta de inversión en áreas como saneamiento, salud y educación, en comparación a los montos desembolsados en el Teleférico. Al evaluar el costo de implementación de la infraestructura no se logra entender el orden de prioridades que se dio al Teleférico por sobre problemas basura, alcantarillado y agua potable. Este patrón de inversión en infraestructuras vistosas se repitió en otros complejos como Rocinha donde el principal argumento en contra del Teleférico era la falta de atención a problemas de salubridad (Duarte, 2014); (Oosterbaan y van Wijk, 2014, pág. 188).

3.5. La presencia estatal en el *Complexo Do Alemão*: las Unidades de Policía pacificadora

Desde la década del 90, el *Complexo do Alemão* estuvo –hasta cierto punto– controlado por milicias o grupos narcotraficantes (Duarte, 2014). En 2008, el Gobierno del Estado de Río instaló una Unidad de Policía Pacificadora (UPP) al lado de una de las estaciones del Teleférico en construcción. La ejecución de los proyectos de infraestructura, financiados por el PAC, fueron acompañados por políticas públicas duras contra el crimen. En noviembre de 2010, el Gobernador del Estado de Río solicitó la ayuda del Gobierno Federal para arrestar a los líderes principales de las dos bandas narcotraficantes más importantes de *Alemão*. Los militares se instalaron en el *Complexo* hasta entrenar a los reclutas de las Unidades de Policía Pacificadora (The Economist, 2010).

Al ser el Estado el ente que institucionaliza las exigencias de los 'favelados' se debe discutir la presencia del mismo en las favelas. Algunos sostienen que el único contacto regular que las personas tienen con el Estado es la policía (Freeman, 2014). Además, otros autores llegan a la conclusión que las inversiones del gobierno han transformado gradualmente la identidad del Estado dentro de las favelas (Freeman, 2014). Algunos investigadores que han llevado a cabo investigaciones etnográficas en las favelas (Dowdney, 2003) argumentan que las comunidades desarrollan sus propias leyes y que la justicia del traficante tiene más legitimidad que las acciones de la policía.

Las Unidades de Policía Pacificadora son programas de seguridad pública implementados por la Secretaría de la Seguridad de Río de Janeiro a finales de 2008, planificado y coordinado por la Secretaría de Planificación e Integración Operacional (Duarte, 2014). Las favelas históricamente fueron patrulladas por una policía militar que fue considerada como una entidad involucrada en numerosas violaciones a los derechos humanos (Denyer y Mota, 2014). La policía comunitaria se puso en práctica como una forma de pacificar las favelas más violentas en la ciudad. El programa UPP fue diseñado con los principios de la policía comunitaria, un concepto que va más allá de la policía de proximidad y cuenta con una estrategia basada en la asociación entre la ciudadanía y las instituciones de Seguridad Pública. Al mismo tiempo, estas unidades emprenden una lucha frontal contra el narcotráfico.

La UPP del Complejo de *Alemão* se ubica junto a la estación del teleférico, con una vista estratégica para controlar el territorio. Las

personas se quejan de la presencia casi militar de la policía, pues manifiestan que no quieren vivir en un estado policial (Duarte, 2014). La instalación de las UPPs crea un vínculo institucional entre el Estado y los moradores de *Alemão*, algunos la critican alegando que es una ocupación militar permanente (Freeman, 2014). En la práctica, las medidas de seguridad son generalmente reactivas, basadas en la represión más que en la prevención y son particularmente estigmatizadas (Duarte, 2012). La transición entre un policía de control a uno que protege a las personas es gradual y no se ha completado (Duarte, 2012; citado de Cano, 2005: 141). La policía ahora realiza las actividades ordenadas que el crimen-jefe solía hacer, reproduciendo un modelo autoritario de control del espacio (Duarte, 2012).

La puesta en práctica de una autoridad que media en las favelas es una prueba de reconocimiento de cómo estas funcionan. "El Estado está en el proceso de promulgación de una serie de medidas para colonizar territorios que nunca han estado totalmente bajo control burocrático moderno (...)" Por tanto, estos proyectos de urbanización y embellecimiento de las favelas tienen el objetivo de racionalizar las estructuras sociales complejas de las favelas, facilitando la circulación y acceso de los agentes estatales y todo aquel que no es de la favela (Freeman, 2014: 31).

3.6. Las políticas públicas que acompañaron al proyecto

El fondo del PAC también sirvió para financiar proyectos sociales como:

1. Centro de Difusión de Oportunidades para Generación de Trabajo e Ingresos - CDO

Objetivo: encaminar habitantes del *Complexo do Alemão* al mercado de trabajo

2. *Escola do Alemão* — Educación a Distancia — EAD

Objetivo: capacitar habitantes del Complexo do Alemão en cursos de informática, idiomas, atendimiento al cliente y educación ambiental, entre otros.

3. Creación del Consejo de Desarrollo Comunitario del *Complexo do Alemão*

Objetivos: fortalecer la interlocución de los habitantes con instituciones gubernamentales, privadas y socio - comunitarias a través de una organización autónoma, propositiva y representativa de la comunidad

3.7. La ciudadanía que se desarrolla en las favelas

Para entender la ciudadanía en la favela, es importante enmarcar conceptualmente este espacio. James Freeman (2014) sostiene que, históricamente, las favelas se han definido a partir de su oposición al orden o al Estado/*status-quo*. Maximiliano Duarte (2014) desarrolla una teoría donde describe a la ciudadanía en las favelas como diferenciada, distingue tres etapas:

a. Las primeras décadas del siglo XX, cuando la eliminación de la esclavitud y la falta de recursos de los libertos les llevó a ocupar espacios accesibles y el Estado los declaraba ilegales. De ese modo, la erradicación de las favelas no eran solo una cuestión política, sino que era cumplir la ley (Duarte, 2012; citado de Machado da Silva, 2002: 7; Andreatta, 2005).

b. Cuando el Estado dictatorial autoritario evocaba la idea que los habitantes de las favelas eran preciudadanos. La identidad social del habitante de la favela, se construyó a partir de los efectos del sistema legal, entendiéndose como una patología urbana. La aceptación de estos espacios creció debido a los compromisos políticos con los barrios, gracias al desarrollo de una relación clientelar entre el Estado y las favelas (Freeman, 2014; Duarte, 2014).

c. La conformación de asociaciones vecinales que exigen colectivamente sus derechos y la proliferación de grupos criminales que gobiernan sobre los barrios.

Históricamente, la violencia se convirtió en una manera legítima de resolver los problemas desconfiando del mundo fuera de la favela. Existe un déficit político porque no ha sido el interés de incluir a un grupo diverso de actores legítimos en la construcción de acuerdos y la solución de conflictos (Duarte, 2012).

Desde una perspectiva estatal, los proyectos financiados por el PAC normalizarían el espacio y favorecerían la integración social (Andreatta, 2005). La argumentación del Estado para desarrollar infraestructura es

la legalización del entorno físico, regularizando la relación entre los 'favelados' y el Estado para integrarlos en la ciudad formal. Vale la pena señalar que quien determina quién es el ciudadano -bajo esta perspectiva- es el Estado; la entidad que ha excluido históricamente a los 'favelados'.

El Estado está entregando a los 'favelados' la posibilidad de formar parte de una ciudad inclusiva, pero existe una imposición para incluirlos ignorando sus prácticas y costumbres. Wheeler (2010) describe este círculo vicioso como "política perversa". Argumenta que cuando el Estado actúa paralelamente de modos democráticos, autoritarios, y clientelares, no se ahonda la democracia, sino que se trunca.

4. PROYECTO "MULTIPROPÓSITO CHONE"

El Proyecto "Multipropósito Chone" comenzó a construirse en noviembre del 2011 y se inauguró 4 años después en noviembre de 2015. La obra cuenta con una presa hídrica que almacena el agua del Río Grande con dos fines; primero, para evitar que la ciudad de Chone se inunde en invierno y segundo, para dotar de agua de riego a los agricultores en verano.

Durante su construcción se dieron procesos de resistencia activa y pasiva por parte de los habitantes de la comunidad de Río Grande, quienes eran propietarios de las tierras que debieron ser expropiadas para la construcción del megaproyecto. Las resistencias culminaron en octubre de 2011 cuando el Presidente de ese entonces, el economista Rafael Correa, mediante Decreto Ejecutivo, declaró la zona de Río Grande como un Área Reservada de Seguridad, con lo que se procedió a militarizar la zona a fin de garantizar la construcción de la obra.

El proyecto se enmarca dentro de las políticas públicas inspiradas por el "Buen Vivir", cuyo discurso ha promovido un desarrollo de infraestructura masivo en el Ecuador. El gobierno ha materializado este discurso a través de la construcción de obras que buscan proveer a la población de las necesidades básicas de todos los sectores de la sociedad (Domínguez, 2014). Los elementos constitutivos de dicha apropiación son: (1) la satisfacción de las necesidades básicas de la población, (2) la búsqueda del estado de la justicia social y la igualdad, y (3) la democracia (Caria-y-Domínguez, 2014: 144).

Aunque los autores citados (Ibid) reconocen la mejora de las condiciones sociales en el país, se critica el método para alcanzarlas, ya que se basa en un poder concentrado, *top-down* y donde existe una mínima participación ciudadana (Vanhulst, 2014: 59).

El estudio de este caso se centra específicamente en las prácticas empleadas por el Estado para desalojar a los habitantes de la población de Río Grande, como resulta ser el hecho determinante de vulneración de derechos causado por el megaproyecto "Multipropósito Chone". Se analiza la negociación fallida del Estado con los habitantes de Río Grande, resaltando la falta de un diagnóstico acertado de la obra y un estudio de impacto social y económico en el debido tiempo. Se analiza la interposición de instituciones jurídicas como la declaratoria de Área Reservada de Seguridad para desalojar a los moradores que se resistieron, y se exponen las acciones constitucionales emprendidas por los afectados. Finalmente se presenta una postura con respecto al principio de derecho administrativo que dota de un poder exorbitante al Estado para que persiga el bien común.

La construcción de infraestructura pública se apoya en la apropiación gubernamental del discurso del Buen Vivir que promueve una "redistribución de desarrollo", marcado por una orientación económica y tecnocrática (Caria-y-Domínguez, 2014: 152).

La construcción del megaproyecto en el marco de la política del "Buen Vivir" ha sido diseñado con un conjunto de obras de inversión social, tales como la reubicación de habitantes en la Comunidad del Milenio, denominada Tablada de Sánchez.

4.1. Hechos cronológicos del caso

El Proyecto Multipropósito Chone tiene como origen una fase de estudios comprendida en el período de 1980 hasta 2008, cuando la obra fue suspendida por falta de presupuesto. En ese último año, el Estado central buscó medidas para poder financiarlo y continuar con su ejecución.

En virtud de esto, el Consejo Provincial decidió entregar a la Corporación Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí (CRM) los estudios actualizados, institución que posteriormente envió al Ministerio del Ambiente los términos de referencia en los que se debía basar el EIA-PMA, términos que fueron aprobados y publicados el 20 de octubre de

2009 con el nombre de Consultoría Lista Corta para así poder dar inicio al Estudio de Impacto Ambiental del Multipropósito Chone. Es por esto, que la Secretaría Nacional del Agua – SENAGUA, el 9 de diciembre del 2009, decidió suscribir un contrato con "Calidad Ambiental y Ambiente Cía Ltda.", para que realice el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental para el proyecto (Cornejo, 2011).

Así, el 5 de enero de 2010, el Coordinador Regional de la Demarcación Hidrográfica de Manabí solicitó de SENAGUA que retome el proceso de licitación para la ejecución del Multipropósito Chone; por lo que para agilitar el tema esa misma fecha, adjuntó los pliegos y los estudios técnicos del mismo (Contraloría General del Estado, 2011). Es el 24 de julio de 2010, que se adjudicó la obra a la empresa China Tiesiju Civil Engineering Group Co. Ltd. (CTCE) para que diera continuación a la ejecución de la obra. Con estos hechos, de manera ulterior, SENAGUA procedió a dar el anuncio de la compra de 27 terrenos claves para la construcción del megaproyecto; cabe resaltar que algunos de los predios iban a ser inundados y en otros casos las edificaciones debían ser derrocadas para realizar su construcción.

En junio del 2013, SENAGUA comunicó que la construcción de la Fase 1 del Proyecto Propósito Múltiple Chone continuaría pero bajo la contratación de dos empresas nacionales Equitesa Equipos y Terrenos S.A (Equitesa) y Equipos y Transportes S.A (Equitransa), esto como resultado de la terminación del contrato con la empresa que inició con el proyecto, la constructora China Tiesiju. Esta nueva contratación por su parte, no contó con una nueva licitación, con un nuevo concurso para manejar distintas ofertas y tampoco se consultó ni se socializó el proyecto con los habitantes del sector.

Pero no es sino con la declaratoria de emergencia dada a través de resolución 2013-754 de fecha 28 de junio del 2013, que permitió agilizar todo el proceso de contratación a favor de las empresas a cargo de la ejecución de la obra y así se pudo continuar con las actividades de construcción con las nuevas partes contratantes (Cornejo Zambrano, 2016).

4.2. Impacto ambiental y socialización

El Multipropósito Chone es un megaproyecto que refleja un alto impacto ambiental, por lo cual era necesario llevar a cabo la consulta previa

antes de la firma del contrato de adjudicación[80] a las personas que resultarían ser directamente afectadas por la obra. Sin embargo, los abogados de los afectados (Cornejo, 2011) alegaron que la empresa encargada de hacer el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental (EIA-PMA) nunca se contactaron con el Comité Central de las Comunidades Campesinas de Río Grande para poner en conocimiento de los habitantes de la zona, la ejecución del multipropósito. Posteriormente, el 1 y 2 de diciembre de 2010 se efectuó una audiencia pública en un auditorio de la comunidad "Tablada de Sánchez", la cual fue convocada en noviembre del mismo año, pero de todos los asistentes, solo una persona se identificó como habitante de Río Grande, mientras que las demás personas pertenecían a otros lugares (Cornejo, 2011).

Hay que tomar en cuenta que cuando se realizan audiencias públicas u otras formas de participación social, destinadas a tratar sobre el desarrollo de proyectos, se debe contar con las personas que van a verse afectadas por los efectos estas obras. Esto, en virtud que la consulta previa es una herramienta fundamental para lograr un acuerdo entre las personas que podrían afectarse en cualquier medida a causa de estos proyectos, con esto, el gobierno logra evitar enfrentamientos con los pobladores que pueden generar demoras en su consecución.

La consulta previa también saca a la luz las preocupaciones que tienen los pobladores sobre sus tierras y el apego que sienten por las mismas; el Estado debe plantear soluciones a estos problemas para así lograr un acuerdo que sea justo para ambas partes, es decir que, a la población se le debe dar alternativas viables para continuar con su forma de vida. En el caso del Multipropósito Chone, no se realizó la consulta previa para informar a la población de Río Grande sobre todo lo relacionado con este proyecto, tanto los impactos negativos como los beneficios que podría traer la construcción del multipropósito. Es decir, se violó el Derecho que tienen las personas de ser informadas oportunamente y de poder participar en la toma de decisiones que efectivamente van a afectar al ambiente y en general a sus propiedades[81]. (449, 2008)

80 Art. 398 de la Constitución de la República.
Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental HYPERLINK "http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20A%C3%91OS%20ANTERIORES/ORDM-251%20%20%20EMPRESA%20MUNICIPAL%20%20DE%20MOVILIDAD%20Y%20OBRAS%20PUBLICAS.pdf"

81 Art. 398 de la Constitución de la República

En este caso, se entregaron tres versiones diferentes del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental (EIA-PMA), en los meses de julio, agosto y diciembre de 2010 respectivamente. En el último de estos, se incluyó por primera vez el proceso de participación social, por lo que se redujo la credibilidad del estudio ambiental entregado. En consecuencia, los abogados de los afectados denunciaron estas irregularidades, alegando que SENAGUA y sus consultores han alterado varios documentos públicos para así poder consolidar la construcción del megaproyecto (Cornejo, 2011).

4.3. Negociación de justo precio

Con el objetivo de poder acceder a los territorios de manera ágil, los representantes de SENAGUA se reunieron personalmente con algunos de los habitantes afectados para plantearles montos que estaban dispuestos a desembolsar por sus terrenos. (Machado, 2011). Estos procesos de negociación provocaron inconformidad entre los moradores de Río Grande, ya que alegaban que a consideración de ellos, estos montos no cumplían con el justo precio de los terrenos. Además, hay que señalar que nunca hubo una reunión grupal entre todos los vecinos de Río Grande. (Machado, http://deciomachado.blogspot.com, 2011)

4.4. Proceso de declaración de utilidad pública

Posteriormente, el 14 de febrero de 2011, el Ministerio del Ambiente aprobó el EIA-PMA del proyecto y se confirió la Licencia Ambiental para poder dar inicio a la ejecución de la Presa Río Grande y Canal de desagüe San Antonio, que corresponden al Proyecto "Multipropósito Chone". A pesar de la resistencia presentada por los habitantes de Río Grande, el 19 de mayo de 2011, SENAGUA emitió la resolución de declaratoria "de utilidad pública, con fines de expropiación urgente a favor de esta institución" (Presidencia de la República, 2011: 2do Considerando).

El Presidente Rafael Correa anunció en la sabatina No. 232, del 6 de agosto de 2011, que "el Multipropósito Chone es una prioridad que el gobierno lo ejecutará pese a las pocas familias que se oponen" y advirtió que sacaría con la fuerza a los opositores del proyecto. Como consecuencia, el Ministro de Defensa Nacional solicitó el 9 de agosto del 2011, se realicen los trámites pertinentes, para declarar al Proyecto "Propósito Múltiple Chone Fase I" como Área Reservada de Seguri-

dad; y así el 7 de septiembre de 2011, el Consejo de Seguridad Pública y del Estado recomendó al Presidente "declarar al Proyecto "Multipropósito Chone Fase I" como Área Reservada de Seguridad y del Estado." (Presidencia de la República, 2011: 7mo Considerando).

Esta declaratoria tenía como finalidad el poder expropiar de manera urgente los inmuebles de la zona donde se construiría la Fase 1 del proyecto. Para esto el 22 de septiembre de 2011, SENAGUA anunció que las maquinarias del Consorcio Tiesiju-Manabí (Representante Legal Hu Jie) darían inicio a los trabajos de desbroce y excavación en el lugar donde está previsto se construya el cuerpo de la represa (Trujillo, 2011:73) y esa misma mañana, comenzaron los trabajos de limpieza de la capa vegetal y las primeras excavaciones de los predios.

4.5. Violación de los Derechos Sociales y Ambientales a causa de los desalojos

La Constitución de la República del Ecuador señala en el art. 398 que "toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad…", derecho constitucional que fue ignorado por el Presidente de la República al momento de militarizar la zona, provocando enfrentamientos con los habitantes. Este hecho tuvo como consecuencia la vulneración de otros derechos constitucionales tales como el derecho a la resistencia[82], derecho a la vivienda[83], el derecho de la población a participar en la toma de decisiones mediante consensos y otros[84]; tomando en cuenta que los habitantes de la zona son quienes deben decidir sobre su territorio y poder participar en los planes de desarrollo a través de un consenso. (Machado, 2011)

Los habitantes de la comunidad en un proceso de resistencia pasiva, se mantuvieron instalados en sus viviendas realizando sus actividades con total normalidad; de hecho, los procesos de resistencia activa y de protesta frente a la construcción del Multipropósito solo se presenciaban cuando las autoridades de SENAGUA intentaban negociar con ellos, ya que solo buscaban que se retiren de la zona para poder realizar la construcción de la obra. Dentro de estos procesos de resistencia emprendidos por los habitantes de la zona, cesaron la

82 Artículo 98 de la Constitución de la República del Ecuador.

83 Artículo 30 en relación con el 37 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador.

84 Artículo 398 de la Constitución de la República del Ecuador.

producción de mandarina de exportación a fin que se deje de percibir ingresos económicos en el cantón Chone y de esta manera frente a la necesidad, se suspendería la ejecución de la obra (Machado, 2011).

El 18 de octubre de 2011, se da el primer desalojo de Alfredo Zambrano, habitante de la zona en conflicto. Para esto, se contó con 500 efectivos tanto militares como policiales que rodearon los territorios de Río Grande impidiendo el acceso de los moradores a sus casas y obligados a abandonar la zona. (La Hora, 2011). Sin embargo, ocho familias se quedaron resistiendo en el territorio. Hasta el último desalojo que tuvo lugar el 19 de octubre del mismo año a las 5 de la mañana, cuando policías entraron a la fuerza para desalojarlos; y de esta manera, se hizo efectiva la posesión de las 37 hectáreas de tierra en Río Grande a favor de SENAGUA. (La República, 2011)

El ejército tomó a su cargo la vigilancia del área. Con esta zona controlada, se registraron pocos enfrentamientos con la empresa constructora, pero esta continúa normalmente sus actividades hasta el 24 de noviembre del 2015, cuando el Presidente Correa inauguró oficialmente el megaproyecto.

4.6. Instrumentos jurídicos utilizados para la ejecución del proyecto

Para la ejecución del Proyecto “Multipropósito Chone”, el Gobierno ecuatoriano, en este caso la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA), se basó en una serie de instrumentos y disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, que le permitieron el desarrollo y construcción del megaproyecto, a pesar de la fuerte resistencia y oposición que existía por parte de los pobladores de las comunidades pertenecientes a Río Grande. Entre los instrumentos jurídicos utilizados se pueden enumerar los siguientes: desalojos (Fieweger, 2011), expropiaciones, declaración de utilidad pública de los bienes inmuebles donde se iba a realizar la construcción y la declaratoria de área reservada de seguridad (Machado, 2011).

4.7. Declaratoria de utilidad pública

Debido a la oposición existente y la negativa de desalojar sus territorios por parte de los pobladores de la comunidad de Río Grande; SENAGUA, a través de su máxima autoridad el Secretario Nacional del Agua, emitió varias resoluciones en el año 2011, que declaró de utili-

dad pública con fines de expropiación urgente y ocupación inmediata a varios lotes de terreno (60 en total) ubicados en Río Grande, necesarios para la construcción del megaproyecto "Multipropósito Chone". Las resoluciones son:

- Resolución No. 2011-235, publicada en el Registro Oficial 403 con fecha 14 de marzo del 2011, emitida por el Dr. Domingo Paredes Castillo, Secretario Nacional del Agua, el 10 de febrero del 2011, en donde se declararon de utilidad pública a 24 propiedades.

- Resolución No. 2011-262, publicada en el Registro Oficial 464 con fecha 7 de junio del 2011, emitida por el Dr. Domingo Paredes Castillo, Secretario Nacional del Agua, el 19 de mayo del 2011, en donde se declararon de utilidad pública a 5 propiedades.

- Resolución No. 2011-303, publicada en el Registro Oficial 574 con fecha 12 de noviembre del 2011, emitida por el Ing. Cristóbal Punina Lozano, Secretario Nacional del Agua, el 4 de agosto del 2011, en donde se declararon de utilidad pública a 13 propiedades. Resolución No. 2011-317, publicada en el Registro Oficial 582 con fecha 23 de noviembre del 2011, emitida por el Ing. Cristóbal Punina Lozano, Secretario Nacional del Agua, el 25 de agosto del 2011, en donde se declararon de utilidad pública a 18 propiedades.

Las resoluciones de declaratoria de utilidad pública se realizaron de conformidad a los Arts. 58 (actualmente reformado) y 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el Art. 62 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los cuales establecen que previa a la declaratoria de utilidad pública de un bien inmueble es necesario que exista un acuerdo entre las partes, especialmente sobre el precio de la propiedad. (R.O. 395, 2008) En el presente caso no existe evidencia alguna que se haya llegado a dicho acuerdo con la totalidad de bienes inmuebles que se pretendían adquirir.

4.8. Declaratoria de área reservada seguridad

Un día antes que se realice el primer desalojo, mediante Decreto Ejecutivo No.914 de fecha 17 de octubre del 2011, el Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, declaró como Área Reservada de Seguridad a la zona en donde se realizaría la construcción del "Multipropósito Chone", de conformidad con lo establecido en el Art. 38 de

la Ley de Seguridad Pública y del Estado (R.O. 35, 2009). Tanto la Ley de Seguridad Pública y del Estado, como su reglamento, no explican los efectos de declarar una zona como: "Área Reservada de Seguridad", por lo tanto, es un instrumento jurídico ambiguo, que puede ser aplicado de forma injusta y desproporcionada al arbitrio de la autoridad.

La declaratoria de Área Reservada de Seguridad fue publicada en el Registro Oficial No. 569 con fecha 7 de noviembre del 2011. El Código Civil en sus Arts. 5 y 6, señala que la ley entrará en vigencia a partir de su promulgación o publicación en el Registro Oficial (R.O. 46, 2005), por lo que el Decreto Ejecutivo No. 914 podía aplicarse desde dicha fecha; sin embargo, como se evidencia en los hechos del caso, los desalojos y la militarización de la zona de Río Grande se dieron en una fecha anterior a la publicación en el Registro Oficial de la declaratoria de Área Reservada de Seguridad, por lo cual la ocupación militar fue ilegal.

4.9. Desalojo

Para la ejecución del proyecto "Multipropósito Chone", se realizaron dos desalojos, con la intervención de miembros de las Fuerzas Armadas, con el objetivo de expulsar a los propietarios de los bienes inmuebles declarados de utilidad pública por la SENAGUA. El desalojo se realizó en base de lo establecido en el Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (R.O. 395, 2008), el cual establece que la institución gubernamental que haya declarado de utilidad pública un bien inmueble, puede pasar a ocupar dicho bien sin perjuicio que se hayan realizado el respectivo acuerdo y juicio de expropiación.

Estos desalojos se realizaron de manera ilegal, pues se efectuaron en la mitad de la noche, y sin previa notificación a los propietarios, tal y como lo establece el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449, 2008), por lo que se vulneró la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso de los campesinos residentes de la zona, quienes no tuvieron conocimiento del procedimiento que se iba a realizar.

4.10. Acciones emprendidas por los afectados

La vía judicial ha sido ampliamente recurrida por las dos partes, a criterio de SENAGUA con el único objetivo de la Comunidad de Río Grande de paralizar o retrasar las obras y a criterio de los comuneros,

los recursos judiciales utilizados por SENAGUA buscan intimidarlos para que abandonen su lucha, a continuación, veremos cómo han avanzado los recursos planteados por los habitantes de la Comunidad dentro del proceso de resistencia al megaproyecto, mediante la vía judicial como medio de exigibilidad para lograr sus objetivos, de igual forma analizaremos una acción de expropiación (medida concreta y no de persuasión) en contra de uno de los líderes de la Comunidad.

4.10.1. Acción de Protección

Acción de Protección No. 17453-2011-0360

La acción fue interpuesta en el Juzgado Tercero de Tránsito de Pichincha, los accionantes fueron el señor Herbin Jehová Muñoz Moreira y el Comité Central de Comunidades Campesinas de Río Grande, mientras que el accionado fue el Secretario Nacional del Agua.

El proceso se inició el 24 de abril del año 2011, y la sentencia fue emitida el 31 de mayo de 2011 en la cual se inadmitió el recurso constitucional por incompetencia del juez en razón del territorio, ya que, a criterio del juez, este debió tramitarse en Chone, lugar donde se firmaron los contratos que dieron lugar a la obra y donde se ejecuta la misma.

El 08 de junio del 2011 se apela la sentencia y pasa a conocimiento de la Corte Provincial de Pichincha con el No. de proceso 17112-2011-0587; con fecha 26 de octubre del año 2011 la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dicta su resolución y dispone que las actuaciones regresen a la Unidad Judicial de Tránsito de Pichincha a fin de que, sin declarar nulidad, la jueza remita al juez competente para que este dicte sentencia.

4.11. Acción de Acceso a la Información Pública

a. Acción de acceso a la información pública No. 13955-2012-066.

   El día 31 de enero del 2012 se presentó una acción de acceso a la información pública propuesta por el señor Carlos Alfredo Zambrano Vera, líder comunitario de Río Grande, en contra del Director Regional de SENAGUA; acción que avocó conocimiento el Juzgado

Quinto de la Niñez y Adolescencia de Portoviejo. Basaron el recurso en su derecho al acceso a "cierta información" relacionada con el proyecto y, por su parte SENAGUA sostuvo que jamás se le ha negado al accionante la información y que por el contrario la información está lista para que el señor Zambrano pague el precio de las copias solicitadas y retire la documentación. El día 09 de marzo del 2012, el Juez consideró que la información jamás fue negada por lo tanto declaró sin lugar la acción propuesta.

b. Acción de acceso a la información pública No. 13951-2013-1036

La acción fue presentada ante el Juzgado Primero de la Familia, Niñez y Adolescencia de Portoviejo. El accionante fue el señor Harbin Jehová Muñoz Moreira y el accionado SENAGUA.

El día 23 de agosto de 2013 se llevó a cabo la audiencia oral y pública, las pretensiones fueron obtener información sobre el proyecto multipropósito Chone y las excepciones del accionado consistían en indicar qué demanda estaba mal dirigida, entre otros aspectos de forma. En sentencia notificada el 27 de agosto del mismo año se declaró con lugar la acción de acceso a la información pública planteada.

El 05 de septiembre del 2013 la SENAGUA interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, apelación signada con el No. 13111-2013-0718. Se declaró la nulidad parcial de la sentencia dictada en primer nivel, en el estado del proceso regresó al juzgado de origen que acoge la nulidad declarada por la Sala *Ad quem*.

c. Acción de acceso a la información pública No. 13956-2010-0476

Esta acción llegó a conocimiento del Juzgado Sexto de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Portoviejo, en este proceso el accionante es el señor Ramón Solmiro de la Cruz Vera quien fundamentó su acción en su derecho a acceder a la información que por sus características es pública y solicitó de manera concreta y entre otras cosas, informes técnicos referentes al proyecto Multipropósito Chone (ESTUDIOS, DISEÑOS, etc.), número de identificación de las propiedades a afectarse etc., por su parte el accionado SENAGUA fue declarado y juzgado en rebeldía al no acudir a la audiencia oral y pública; en sentencia se declaró con lugar la acción y se ordenó que en el término de 5 días SENAGUA entregue la información requerida.

4.12. Juicio de Expropiación

Juicio de expropiación No. 13311-2011-0239

En el presente trabajo ilustraremos a través de este caso-ejemplo quizá uno de los procedimientos más coyunturales alrededor de este megaproyecto: las expropiaciones. Bajo el No. de proceso 13311-2011-0239 el demandante SENAGUA, representado por Benhur Rafael Narciso Párraga Rodríguez - Subsecretaría Regional de Demarcación Hidrográfica de Manabí de SENAGUA demandó al señor Carlos Alfredo Zambrano Vera, en un juicio de expropiación.

La información de este proceso es poco clara e imprecisa, hay varios jueces temporales que conocieron la causa, no hay fecha de inicio, actividades procesales ni una sentencia. Sin embargo, de lo investigado, se desprende que existe una sentencia y en ella se ordena el pago de $191.760,00 a favor del Señor Carlos Alfredo Zambrano Vera por las tierras expropiadas (no se establece el área expropiada), posteriormente se evidencia el ingreso de varios escritos por parte del demandado solicitando se le consignen los valores que señala la sentencia como en efecto sucede.

El proceso por su numeración, entendemos se inició en el 2011, y culminó con sentencia que ordenó el pago de las cantidades mencionadas; la sentencia se ejecutó y el proceso se archivó el 07 de octubre del año 2014.

5. SOLUCIÓN VIAL GUAYASAMÍN

En los últimos años se ha evidenciado que dentro del quehacer municipal existe la voluntad de planificar obras de infraestructura vial que permitan construir una ciudad que cuente con un sistema de transporte encaminado a mejorar, reducir y solucionar la congestión vehicular en Quito. Sin embargo, al menos durante las últimas tres alcaldías, no se ha logrado dar solución a este problema que, ahora mismo, parece perpetuo.

Indudablemente, las condiciones y particularidades topográficas de Quito constituyen un factor importante para el diseño de un sistema de movilidad, sin embargo, dentro de esta investigación, se evidenció que el factor “participación social” constituye una pieza clave y

determinante de la planificación de proyectos y megaproyectos urbanos, pues como se evidenciará a continuación, el involucramiento de los ciudadanos permite, además de dar legitimidad a las obras, desarrollar formas de gestión democrática de la vida urbana que generen apropiamiento, uso y cuidado de las mismas.

Es preciso definir la planificación o planeación urbana como el conjunto de "mecanismos y procesos sociales por medio de los cuales se controla de manera consciente los diferentes comportamientos y movimientos que contribuyen a transformar la ciudad y a determinar su desarrollo." (Ledrut, 1968, pág. 43) Desde este punto de vista, la planificación urbana, antes de ser un proceso técnico, es fundamentalmente, una práctica social.

En el caso de proyectos y megaproyectos urbanos de infraestructura vial, la planificación supone, como primer paso, la detección tanto de los problemas como de las posibles soluciones especialmente para el problema de tránsito en la ciudad. Para un ciudadano común, que transita ya sea en su propio auto, en bus, en bicicleta o a pie, parecería obvio identificar los sectores de la ciudad que tienen tal congestión vehicular, que resulta necesario dotar de infraestructura vial. Sin embargo, no es tan obvio como parece, pues siguiendo la línea de Ledrut, el planificador, además de realizar los estudios propios de su especialidad, debe necesariamente generar procesos de involucramiento ciudadano para que esos estudios cuenten tanto con apreciaciones de factibilidad técnica como social, pues tal involucramiento supone la convergencia del conocimiento técnico del planificador, como de los intereses y necesidades sociales de la población como sujeto de la transformación urbana.

La Solución Vial Guayasamín (en adelante SVG) es un megaproyecto propuesto y planificado con el objetivo de mejorar la movilidad dentro del Distrito Metropolitano de Quito (en adelante DMQ), especialmente para resolver el problema del tránsito que se genera entre los valles de Cumbayá y Tumbaco y la meseta principal debido a que actualmente, el túnel de la Avenida Guayasamín, construido hace 10 años, no es suficiente para soportar los 34.000 automóviles que diariamente pasan por el túnel. La proyección del proyecto fue la construcción de dos puentes paralelos al túnel Guayasamín, la ampliación de la vía Interoceánica y la construcción de distribuidores de tránsito en la Plaza Argentina.

Este megaproyecto ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la ciudadanía y especialistas urbanos que, en su momento, afirmaron que el proyecto no fue oportunamente socializado, que el contrato poseía inconsistencias, que no se tomaron en cuenta a los vehículos de servicio público y a los ciclistas y que la nueva avenida es una "solución" momentánea al problema, entre otros argumentos. Al momento, dos años después de presentar el proyecto inicial de la SVG, todavía no se cuentan con diseños definitivos ni con un horizonte trazado sobre el futuro de este proyecto.

A continuación, se va a exponer un corto análisis que detalla cronológicamente el caso para después hacer una reflexión sobre el proceso de ejecución del proyecto a través del que se evidencia la falta de aplicación de los procesos participativos contemplados en la legislación, en razón que la normativa ambiental, como se verá más adelante.

6. CRONOLOGÍA DEL CASO

En enero del 2015 se realizó un concurso abierto a través del Portal de Compras Públicas para ejecutar el proyecto. Cuatro compañías intentaron presentar sus propuestas, las mismas que debían ajustarse a un precio fijo de aproximadamente sesenta y siete (67) millones de dólares. Sin embargo, el proceso fue cancelado debido a fallas en el sistema informático.

Por tal motivo, y en razón que la entidad encargada de la realización de la obra era la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (en adelante EPMMOP-Q), la Alcaldía decidió acogerse a las estipulaciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante LOEP), que determina que las empresas públicas podrán asociarse (otorga capacidad asociativa) con empresas estatales de otros países, para lo cual se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

Es así que el 8 de mayo del mismo año, CRBC envió un oficio dirigido al Gerente General de EPMMOP-Q, Alejandro Larrea, donde se manifestó el interés de colaborar con el Municipio de Quito en el desarrollo de las principales obras de infraestructura para el DMQ, para lo cual se solicitó una reunión de trabajo.

Luego de haberse realizado esta, mediante oficio de 03 de julio de 2015, CRBC manifiesta su interés de ejecutar la obra a mediante el Régimen Especial de contratación contemplado en el artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento de aplicación.

Es importante aclarar que la LOEP, en su artículo 35 otorga capacidad asociativa a las Empresas Públicas para lo cual podrán asociarse con sectores públicos o privados de la comunidad internacional. Asimismo, establece que no requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de estas, de países que integran la comunidad internacional. Ley Orgánica de Empresas Públicas, de 2 de octubre de 2009.

El 14 de julio del 2015, el Directorio de la EPMMOP-Q en sesión ordinaria, conoció la propuesta de celebración de un memorando de Entendimiento entre la EPMMOP-Q y CRBC, y autorizó al Gerente General la suscripción de este documento para el desarrollo de proyectos de construcción en la vía interoceánica, en el tramo desde Quito hasta la parroquia de Cumbayá.

El 30 de julio, las partes firmaron el Memorando de Entendimiento en el que acuerdan acogerse al Régimen Especial establecido en la LOSNCP y su Reglamento de aplicación para la ejecución del proyecto. Posteriormente, las Partes elaboraron el diseño de prefactibilidad del proyecto estableciendo un presupuesto aproximado de 131.500.000,00 para su ejecución. Sin embargo, posteriormente la EPMMOP-Q advirtió que no cuenta con recursos propios, como tampoco con recursos asignados por el MDQ para financiar la ejecución del proyecto.

Por tal motivo, el 26 de febrero de 2016, luego de un reanálisis técnico y económico, las Partes suscribieron un Memorando de Entendimiento sustitutivo, mediante el que CRBC se compromete a cofinanciar el proyecto a través del establecimiento de una Alianza Estratégica.

El 15 de marzo del 2016, en sesión ordinaria, el Directorio de la EPMMOP-Q conoció y aprobó el proyecto asociativo de Alianza Estratégica entre la EPMMOP-Q y CRBC (conjuntamente, en adelante las Partes) junto con los informes técnico, económico y legal. En la misma sesión se autorizó al Gerente General la suscripción del contrato de Alianza Estratégica.

Finalmente, el 4 de abril del 2016 las Partes formalizaron el contrato de Alianza Estratégica para la implementación del proyecto ubicado en el acceso centro norte de Quito, denominado “Acceso a Quito desde los Valles Orientales y construcción del puente Guayasamín”.

6.1. Ejecución Del Proyecto

Para la construcción de la SVG se dividió al proyecto en cuatro fases, la primera fue la extensión de la calle Juan Boussingault hacia el túnel Guayasamín, la segunda la construcción de dos puentes paralelos al túnel, la tercera la ampliación de la Interoceánica y la última la construcción de los distribuidores de tránsito en la Plaza Argentina.

La legislación ambiental, a través del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Medio Ambiente (en adelante TULAS) determina que la construcción de cualquier actividad y proyecto nuevo que pueda causar cualquier tipo de impacto ambiental requiere ser regularizado a través de un permiso ambiental según las siguientes categorías:

- Aquellos proyectos que causan mínimo impacto y riesgo ambiental, requieren un certificado ambiental;

- Aquellos proyectos que causan bajo impacto y riesgo ambiental, requieren un registro ambiental; y,

- Aquellos proyectos que causan medio o alto impacto y riesgo ambiental, requieren una licencia ambiental.

Para determinar el tipo de impacto ambiental el Ministerio del Ambiente ha expedido un catálogo de proyectos en función de la magnitud del impacto y riesgo generado al ambiente. En tal sentido, la construcción de puentes, túneles y acueductos son obras que, a base de este catálogo, generan bajo impacto ambiental, por lo que necesitan obtener solamente un registro ambiental. Por tal razón, al haber dividido el proyecto en fases se generó que las dos primeras requieran de un certificado ambiental; y, las dos últimas, un registro ambiental.

En tal sentido, la misma normativa contempla que únicamente cuando un proyecto requiere de una licencia ambiental es necesario realizar un Estudio de Impacto Ambiental y, el Acuerdo Ministerial 103 señala en su artículo 2 que el Proceso de Participación Social se

realizará de manera obligatoria en todos los proyectos, obras o actividades que para su regularización requieran de un Estudio de Impacto Ambiental. De tal manera que la EPMMOP no necesitó, de manera obligatoria, realizar dicho estudio; y, consecuentemente, realizar un proceso de Participación Social.

Esto produjo que los moradores del Barrio Bolaños, población que, al estar ubicada a un costado de la vía Interoceánica, a la salida del túnel de Guayasamín, se vea directamente afectada por la SVG, quienes, además, en su momento, manifestaron desconocer el proyecto y las repercusiones del mismo.

7. CAPACIDAD DE INFLUENCIAR EN LA PLANIFICACIÓN DE PROYECTOS Y MEGAPOYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Si se tiene en cuenta lo anteriormente expuesto, se colige que los procesos de toma de decisiones y de participación democrática se ven limitados por la propia norma que no establece, regula ni especifica espacios de participación social para obras calificadas de bajo impacto ambiental. Por tanto, la participación no es vinculante ni necesaria en la etapa de planificación de un proyecto o megaproyecto de infraestructura vial.

Dentro de este escenario, es posible que el proyecto - que en teoría está planificado con el fin de generar el bienestar de la ciudadanía - sea contrario a sus intereses. Esta contradicción se genera especialmente porque en las primeras etapas, de diseño y planificación de los proyectos, no se ha logrado accionar mecanismos que garanticen la participación de quienes se verán directamente afectados por determinada intervención. En consecuencia, los proyectos no constituyen verdaderas soluciones a los problemas, como en este caso, el de la congestión vehicular o tránsito.

Si bien es cierto, la planificación o planeación de la ciudad – y de las obras – es un ejercicio que corresponde a profesionales especialistas en determinados temas técnicos, no es menos cierto que dicho ejercicio debe ser interdisciplinario, en el que no puede faltar la colaboración de profesionales de las ciencias sociales para que, dentro de su campo de experticia, puedan accionar mecanismos y procesos de participación – ciudadana, social, comunitaria, no importa la modalidad o el matiz que asuma – mediante los que se puedan identificar las necesidades reales principalmente de los más afectados por determinada intervención.

Las leyes sobre participación ciudadana han sido, hasta el momento, poco visibles y trascendentes aún en la vida política local, a pesar de haberse convertido en un medio de innovación legal relevante. Sin embargo, bien se ha logrado dar un impulso a las instituciones electorales como el mecanismo de participación ciudadana por excelencia (Sánchez V. , 2003) es necesario atender también las demás esferas de la participación para que la ciudadanía se involucre de manera activa, especialmente en la planificación de la ciudad, en tanto es el espacio donde se desarrolla la vida diaria de la ciudadanía, donde, en teoría, se genera el contacto directo Estado –ciudadanos; y, donde se materializan las disposiciones de los documentos de planificación elaborados y ejecutados por las autoridades públicas municipales en cumplimiento de sus funciones y, algunas, muchas veces, de sus agendas políticas.

Por tal razón, es necesario que la participación ciudadana se torne un proceso de gobernabilidad democrática en la que el aporte comunitario vaya desde la opinión acerca de la construcción de obras, hasta la revocatoria de mandato de las autoridades electas. (Camacho, 2008)

De esta manera, se crea un clima de confianza en el que se manifiesta el convencimiento que la deliberación pública, la interacción social, la participación y el respeto por el pluralismo son valores y prácticas positivas y esenciales para la democracia. (Ziccardi, 2004) Así, los individuos empiezan a reconocerse como actores sociales asumiendo responsabilidades y descubriendo sus propias necesidades para dar legitimidad al accionar público, apropiarse de la ciudad y para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la participación ciudadana.

De tal manera que la comunidad se concentra en el fortalecimiento de espacios para la construcción de una democracia participativa donde se incluyen canales que aproximen la relación Estado – ciudadanos y donde se genera la posibilidad de ser actores activos en el proceso de planificación de la ciudad.

8. CONCLUSIONES

El teleférico do Alemão es un megaproyecto ubicado en el Complexo do Alemão, es una de las favelas de Brasil con problemas de insalubridad, seguridad, movilidad, etc. Por ello, el megaproyecto fue construido con el objetivo de que los residentes del Complexo puedan tener acceso a la 'Supervía', y acceder a la 'ciudad formal', sin embargo, este

modelo de movilidad planteado por el Estado, no resultó eficaz con respecto a la movilidad construida internamente por sus habitantes en el Complexo , debido a que la reestructuración de la movilidad fue hecha en miras al turista, al visitante, más no del favelado que tiene como consecuencia la infrautilización del proyecto, al transportar solo un tercio de su capacidad máxima .

La respuesta ciudadana al proyecto ha generado el 'turismo de favela' del que surgen críticas con respecto a la falta de proximidad que tiene el turista con las favelas que no están próximas a las paradas, debido a que no se potencia el sector comercial

La construcción del teleférico demandó la expropiación de varios predios en donde existieron quejas sobre el monto que recibieron las personas que optaron por la opción de retirarse de su residencia. Por ello, es necesario generar una conexión fuerte que permita el diálogo entre los favelados y el Estado y que no solo repercuta en la negativa de la expropiación de varios predios en donde existieron quejas sobre el monto que recibieron las personas que optaron por la opción de retirarse de su residencia.

Finalmente, ser ciudadanos, como tal, implica ser partícipe de los derechos y obligaciones de un Estado democrático del que no han logrado ser parte los favelados debido a que, primero surge un sistema de regulación interno en las favelas que no permite una proximidad realmente eficaz con el Estado , el mismo que tuvo lugar debido a que históricamente las favelas ha sido lugares "olvidados " que repercute en una negativa del Estado sobre el conocimiento de las necesidades básicas de sus habitantes . La población de Río Grande no tuvo información clara durante la fase de planificación del megaproyecto por parte del Estado. Los informes que se emitieron y facilitaron respecto del proyecto fueron estudios cuantitativos y técnicos, sin definir con un lenguaje de fácil entendimiento para los comuneros, si el megaproyecto sería conveniente para los habitantes desalojados y detallando las oportunidades que estos tendrían.

El conflicto social fue inmanejable porque el Estado fracasó en sus negociaciones con la población desalojada. Estas debieron haber sido mantenidas durante un tiempo más prolongado, con mayor profundidad y claridad para así comprender la lógica de valoración de los predios por parte de los vecinos de Río Grande. más allá del hecho económico.

El manejo desorganizado de los procedimientos llevó a crear un estado de desconfianza e inseguridad para los afectados. Especialmente los relacionados al Estudio de Impacto Ambiental, puesto que no se incluyó a la población en los procesos de participación social.

El megaproyecto trajo consigo acciones sociales que nunca se previeron en la fase de planificación. La práctica cotidiana de la población de Río Grande de permanecer en la tierra que fue declarada de utilidad pública, representa una resistencia pasiva, mientras que las resistencias activas como las manifestaciones hubiesen retrasado el proyecto si es que el Estado no habría desalojado de modo violento a la población de Río Grande.

El fracaso de las negociaciones llevó a que el Estado ejerza su poder exorbitante a través de herramientas jurídicas habilitadas para el efecto. Las relaciones jurídicas que derivan de estos megaproyectos son por naturaleza relaciones entre el Estado y los administrados y por ende regidas por el derecho público, específicamente el Derecho Administrativo, el cual tiene características propias y especiales que lo distinguen de otras ramas del derecho y que son las que podrían de algún modo ocasionar la conflictividad social existente en torno a estos proyectos.

Existieron procesos civiles, constitucionales e incluso penales entre los comuneros y la Administración representada por SENAGUA, donde indistintamente fueron accionantes y accionados; cada proceso judicial es independiente el uno del otro pero en el contexto se puede entrever que no buscan un fin claro, pues no hay mayor información del resultado al cual han llegado los comuneros con la obtención de información a través de los recursos de acceso a la información pública por poner un ejemplo. Se evidencia también falta de prosecución de las causas, sobre todo penales, las cuales en su mayoría fueron archivadas por prescripción o falta de motivo para continuar con las investigaciones. En la búsqueda de sus fines, las partes usaron ampliamente la vía judicial sin objetivos claros, por lo que se puede considerar esto como un abuso del Derecho.

Se evidencia que es estrictamente necesaria la participación de la población afectada por el desarrollo y construcción de un megaproyecto de infraestructura, por cuanto sus derechos están directamente afectados, y a la vez evitar resistencias sociales que retrasan y perjudican el proyecto.

En el caso de la Solución Vial Guaysamín, no se han establecido procesos de información y socialización que les permita a los afectados ser actores reales. Por esta razón los moradores del barrio, principales perjudicados, actualmente se encuentran en la incertidumbre sobre lo que pasará con su entorno cuando empiece la construcción del puente, ya que no han tenido contacto con las autoridades encargadas de la planificación del proyecto. Así mismo, sus únicos medios de información han sido las personas con la que han forjado la resistencia, a través de una serie de actividades como plantones y mesas de diálogo con las que pretenden ser escuchados públicamente.

La ciudadanía no cuenta con espacios de participación que les permita desarrollar la capacidad de incidir en la planificación de proyectos de infraestructura. Al analizar el esqueleto normativo que se siguió para llevar a cabo la Solución Vial Guayasamín, se puede evidenciar que la normativa ha participado como cómplice de que no existan procesos participativos.

Para la población urbana no existe la consulta previa, y el proceso participativo está subordinado al estudio de impacto ambiental y esto no es vinculante. Como resultado de esta falta de inclusión de los criterios de la ciudadanía nace un enfrentamiento entre el Estado y los ciudadanos que se manifiesta en procesos de resistencia que, a pesar de estar constitucionalmente reconocidos, ocasionan que se demore el desarrollo y ejecución de las obras.

Para alcanzar el bien común, es preciso democratizar el accionar público propiciando la participación ciudadana en la etapa inicial de las obras o proyectos de infraestructura, para que estos adquieran la legitimidad necesaria que les permitan seguir su curso de acción; de lo contrario, en la etapa de ejecución y operación se van a activar mecanismos de información que van a provocar procesos de resistencia que paralizan y retrasan la continuidad de una obra. En consecuencia, la participación aparece como un proceso no vinculante ocasionando que el proyecto carezca de legitimidad y apropiación por parte de la ciudadanía.

Se recomienda planificar identificando a los perjudicados directos, para que estos puedan determinar, con oportunidad, las posibles soluciones a las afectaciones que a causa del proyecto van a recibir, para ello es necesario determinar el carácter vinculante de la participación estructurándola en las etapas iniciales del proyecto con el fin de que sus resultados sean conocidos e incluidos en los diseños defini-

tivos. Así, en las etapas de ejecución y operación se dan procesos de socialización e información a la comunidad en general, dando como resultado que el proyecto adquiera la legitimidad necesaria para que posteriormente no se tengan que modificar los diseños evitando a la administración incurrir en retrasos y costos adicionales.

Aquí radica la importancia del Derecho, pues se propone crear una regulación que defina un procedimiento de aplicación de los mecanismos de participación ciudadana en la planificación de obras y proyectos nuevos de infraestructura urbana, en el que se establezcan reglas claras y también límites para que no se politice ni burocratice la participación; pues se corre el riesgo que se vuelva una formalidad y no un componente que genere verdaderas soluciones, sino para que se gestione la ciudad de manera integral, en un esfuerzo tripartito entre las instituciones del Estado, la ciudadanía y el ejecutor del proyecto.

En los casos revisados en la presente investigación se demuestra como la construcción de un megaproyecto sirve como una plataforma de discusión, a veces pacífica y otras veces violenta, entre el Estado y los ciudadanos que se ven afectados. Esta discusión que se conceptualiza en los casos presentados puede transformarse en una negociación o en un quiebre entre el Estado y los moradores del espacio designado para un megaproyecto, donde ambos bandos emplean sus medios a disposición para lograr su cometido.

En el primer caso se demuestra al Estado de Río de Janeiro que buscó a través de programas sociales la cooptación del proyecto de parte de los habitantes. Sin embargo, la estrategia empleada fue la de una construcción "participativa" en un proyecto que ya estaba determinado a ser construido. En el segundo caso se demostró un quiebre total entre el Estado y los habitantes, que llevó a un conjunto de acciones judiciales y constitucionales para prevenir el proyecto, que sin embargo terminó siendo construido y quienes impulsaron una resistencia fueron anulados. Finalmente, en el tercer caso se demostró cómo el Municipio de Quito ejecutó una mala negociación comunitaria y con la empresa que debía construir la Solución Vial Guayasamín, y cómo la presión de los habitantes, que encontraron aliados en la sociedad civil y en el Concejo Metropolitano, logró suspender el proyecto hasta la presente fecha. Queda claro que ante una mala negociación, el Estado se ve obligado a usar su poder desorbitante.

Como conclusión final se demuestra en la revisión de estos casos que la negociación Estado-habitantes debe ser sobre instrumentos claros donde se explique explícitamente el proyecto, y no sobre expectativas o ideas, debido a que sí la discusión se da sobre estas, la población afectada no puede negociar eficientemente para obtener su cometido, y al Estado le tocará ejercer su poder desorbitante.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Acosta, A. (2014). El buen vivir en Ecuador: ¿marketing político o proyecto en disputa? *Iconos*.

Bautista-Farías, J. (2010). *Participación política desde los ciudadanos*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Centro de investigación y formación social.

Cabanellas, G. y Cabanellas, G. (2003). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.

Camacho, G. (2008). *Buenas prácticas en participación. Experiencias de participación y control social de la sociedad civil en procesos de desarrollo en Ecuador*. Quito: Servicio Alemán de Cooperación Social Técnica. Deutscher Entwicklungsdienst (DED) Ecuador.

Caria, S., y Domínguez, R. (2014). *El Porvenir de una Ilusión: La Ideología*. España: Biblid.

Chacón, D. (2016). Solución Guayasamín: debe anularse el contrato; es lesivo. *El Telégrafo*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec.

Cornejo, P. (2016). *Las falacias del Proyecto* Multipropósito Chone. Opción.

Cornejo, P. (2012). *Análisis Río Grande-Chone*. Obtenido de http://www.inredh.org/archivos/pdf/analisis_riogrande_chone_alexandra_anchundia.pdf

Desarrollo S. N. (2013). *Proyectos Emblemáticos en Manabí*. Manabí: Corporación Ciudad Alfaro.

El Telégrafo (2016). *63,6 % de lectores encuestados, en contra de Solución Vial Guayasamín*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/63-6-de-lectores-encuestados-en-contra-de-solucion-vial-guayasamin.

El Telégrafo (2016). *Comité civil insiste en que propuestas por la Solución Vial Guayasamín no fueron*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/comite-civil-insiste-en-que-no-fueron-escuchadas-propuestas-por-la-solucion-vial-guayasamin.

El Telégrafo (2016). El proyecto vial de Rodas no prioriza el uso de buses. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/el-proyecto-vial-de-rodas-no-prioriza-el-uso-de-buses.

El Telégrafo (2016). *La Solución Guayasamín concentra a sociedad civil*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/la-solucion-guayasamin-concentra-a-sociedad-civil.

El Telégrafo (2016). *La Solución Vial Guayasamín registra retrasos en su cronograma*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/la-solucion-vial-guayasamin-registra-retrasos-en-su-cronograma.

El Telégrafo (2016). *Quiteños piden que pare la Solución Vial Guayasamín en el primer diálogo*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/quitenos-piden-que-pare-la-solucion-vial-guayasamin-en-el-primer-dialogo.

El Telégrafo (2016). *Red de Urbanistas debate sobre 'Solución vial Guayasamín' de Quito*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/red-de-urbanistas-debate-sobre-solucion-vial-guayasamin-de-quito.

El Telégrafo (2016). *Rodas presentó modificaciones a la Solución Guayasamín*. [online] Available at: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/quito/11/rodas-presento-modificaciones-a-la-solucion-guayasamin.

Fieweger, M. E. (2011). *Desalojo en Río Grande*. INTAG.

Graham, S. and Marvin, S. (2001). *Splintering urbanism: Networked infrastructures, technological mobilities and the urban condition*. London: Psychology Press.

Gualini, E. and Majoor, S. (2007). *Innovative practices in large urban development projects: conflicting frames in the quest for "new urbanity"*. Planning Theory and Practice, 8(3).

Guerra Palacios, D. (1995). El *Proceso expropiatorio en el derecho municipal ecuatoriano*. Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Procuraduría del Distrito.

Guzmán, Á. (2016). "¿La Solución Vial Guayasamín es realmente una solución?". *La República*. [online] Available at: http://www.larepublica.ec/blog/sociedad/2016/06/25/alvaro-guzman-la-solucion-vial-guayasamin-es-realmente-una-solucion/.

Holston, J. (1999). *Cities and citizenship*. Durham, NC: Duke University Press.

Holston, J. (2009). Insurgent Citizenship in an Era of Global Urban Peripheries. *City & Society*, 21(2). doi:10.1111/j.1548-744x.2009.01024.x.

Humanos, C. E. (2011). *Rueda de prensa en CEDHU*. Obtenido de http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=104:-boletin-represion-en-rio-grande&catid=24:noticias-anteriores.

Jaramillo, C. (2016). La Solución Vial Guayasamín. *El Comercio*. [online] Available at: http://www.elcomercio.com/opinion/solucionvial-guayasamin-quito-movilidad-transporte-carlosjaramillo.html.

Jáuregui, J. (2011). *Teleférico del "Complexo do Alemão"*. Recuperado http://www.jauregui.arq.br/teleferico.html#cast

Ledrut, R. (1968). *El espacio social de la ciudad*. Buenos Aires: Amorrortu editores.

Machado, D. (2011). *Chone: el Estado arrasa con todo*. Obtenido de http://deciomachado.blogspot.com/2011/10/chone-el-estado-arrasa-con-todo.html

Machado, D. (2011). *Rìo Grande y la residencia de sus pobladores al megaproyecto multipropósito Chone*. Obtenido de: http://www.agenciaecologista.info/agua/280-rio-grande-y-la-resistencia-de-sus-pobladores-al-megaproyecto-multiproposito-chone

Machado, L. (2015). *Megaeventos, Grandes Proyectos y Resistencias Vecinales. La Disputa por el Derecho a la ciudad en Río de Janeiro (Master en Estudios Urbanos)*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Madrid Tamayo, A. y Torres Jiménez, M. J. (2012). *La microplanificación del Estado en los territorios: entre las particularidades*. Cartagena: Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública.

Moreno, M. (2008). *La producción espacial de lo global: lo público y lo privado en Santa Fe*, Ciudad de México. Alteridades, 18(36).

Ortiz Crespo, S. (2004). *Cotacachi: una propuesta por la democracia participativa*. Quito: FLACSO.

Rodas, M. (2016). *Solución Vial Guayasamín mejora el sistema público de transporte*. Agencia Pública de Noticias de Quito.

Sánchez, V. (2003). La participación ciudadana en el desarrollo urbano. *Revista Jurídica Jaliscuense*, 170.

Watson, V. (2009). *Seeing from the South: Refocusing Urban Planning on the Globe's Central Urban Issues*. Urban Studies, 46(11),. doi: 10.1177/0042098009342598

Zambrano, B. (2012). *Historia del Proyecto Propósito Múltiple Chone – Manabí*. Obtenido de https://lodijeron.wordpress.com/2012/04/05/historia-del-proyecto-proposito-multiple-chone-manabi/

Ziccardi, A. (2004). *Participación Ciudadana y Políticas Sociales del Ámbito Local* . México : Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Sociales. .

Base Legal

Asamblea Nacional S. R. (2009). Ley de Seguridad Pública y del Estado.

Asamblea Nacional (2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratacion Pública.

Asamblea Constituyente R. O. (2008). Constitucion de la Republica del Ecuador.

Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador.

Asamblea Nacional (2005). Código Civil.

Acción de acceso a la información pública (2010)13956-2010-0476 (Juzgado Sexto de la Niñez y Adolescencia de Portoviejo).

Acción de acceso a la información pública (2012) 13955-2012-066 (Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia de Portoviejo).

Acción de acceso a la información pública (2013) 13951-2013-1036 (Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Portoviejo).

Acción de Protección (2011) 17453-2011-0360 (Unidad Judicial de Tránsito de Pichincha).

Código orgánico de organización territorial, autonomía y descentralización (2011). Quito: Ministerio de Coordinación de la Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Ecuador. Leyes y Reglamentos (2014). Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Estado, C. G. (2011). DIAPA-0015-2011. Quito.

Expropiación (2011) 13311-2011-0239 (Unidad Judicial Civil de Chone).

Recibido: 5 de agosto de 2018

Aceptado: 23 de noviembre de 2018

Mgtr. Álvaro Orbea Cevallos: Investigador jurídico independiente.

Correo electrónico: aaorbea@gmail.com

Lista de investigadores (coautores):

Andrade Campoverde Bryan David: Investigador Jurídico

Correo electrónico: bryan.andrade018@gmail.com

Bravo Hernández Mateo Xavier: Investigador Jurídico

Correo electrónico: mateobrave@hotmail.es

Carrillo Viteri Dennisse Alejandra: Investigadora Jurídica

Correo electrónico: dennissecarrillo94@gmail.com

D**efaz Andrango Grace Luisa:** Investigadora Jurídica

Correo electrónico: gracedefaz@gmail.com

García Santamaría Andrea Cristina: Investigadora Jurídica

Correo electrónico: andrea.acgs@hotmail.com

Guevara Terán Andrea Abigail: Investigadora Jurídica

Correo electrónico: aguevarat04@gmail.com

Martínez Salazar Betssy Cristina: Investigadora Jurídica

Correo electrónico: Bcristina.martinez@gmail.com

Muñoz Vinocunga Jorge Andrés: Investigador Jurídico

Correo electrónico: andres141294@gmail.com

Regalado Mayorga Daniel Iván: Investigador Jurídico

Correo electrónico: danielmayor31@gmail.com

Robles Arias Johana Liseth: Investigadora Jurídica

Correo electrónico: johana-ra17@hotmail.com

Tonato Chica Mirella Alejandra: Investigadora Jurídica

Correo electrónico: tonatomirella2a@gmail.com

Tufiño Loza Mizraim Enrique: Investigador Jurídico

Correo electrónico: enrique.tufino19@gmail.com

Diálogo entre cortes en relación con los grupos vulnerables

Dialogue between courts in relation to vulnerable groups

Ab. Verónica Hernández Muñóz, Mgtr.
Docente titular UEES

Artículo Original (Revisión)
RFJ, No. 4, 2018, pp. 399-420, ISSN 2588-0837

RESUMEN: en el presente artículo se buscará determinar la existencia de un diálogo entre cortes del tipo deliberativo, cuyo objetivo es la coordinación de actuaciones para conseguir un mejor curso de acción logrando una actuación eficaz y con menores efectos negativos y la relación de este con la protección de grupos vulnerables previstos en la Constitución ecuatoriana, para este análisis se toma como referencia las acciones extraordinarias de protección resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador en el período 2008-2018, específicamente se han considerado cinco procesos en los que se hace referencia y cita de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos en fallos u opiniones consultivas donde se resolvió a favor de un caso de género o en beneficio de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria. Se identificará, de esta manera en cada caso el precedente o regla jurisprudencial que los jueces constitucionales ecuatorianos dictaron bajo este contexto y que constituirán precedentes jurisprudenciales para su aplicación en el futuro.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional, acceso a la justicia, derecho al trabajo, sentencia judicial, derecho de grupos vulnerables.

ABSTRACT: In this article we will try to determine the existence of a dialogue between courts of the deliberative type, whose objective is the coordination of actions to achieve a better course of action achieving an effective action and with less negative effects and the relationship of this with the protection of vulnerable groups foreseen in the Ecuadorian constitution, for this analysis is taken as reference the extraordinary protection actions resolved by the Constitutional Court of Ecuador in the period 2008-2018, specifically five processes have been

considered in which reference and appointment of the criteria of the Inter-American Court of Human Rights issued in rulings or advisory opinions where it was resolved in favor of a gender case or for the benefit of persons belonging to priority attention groups. This will identify, in each case, the precedent or jurisprudential rule that the Ecuadorian constitutional judges dictated in this context and that will constitute jurisprudential precedents for its application in the future.

KEY WORDS: constitutional law, access to justice, right to work, judicial decision, right of vulnerable groups..

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo toma como referencia las acciones extraordinarias de protección resueltas por la Corte Constitucional del Ecuador en el período 2008-2018. El procedimiento realizado consistió en la lectura, análisis e identificación de un “diálogo entre Cortes” en casos resueltos a favor de los grupos de atención prioritaria y un caso de género. Se dice que existe diálogo cuando la Corte Constitucional del Ecuador cita sentencias y opiniones consultivas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para decidir. Para ello, se identificó, primero, los criterios internacionales que los jueces nacionales han citado. Responderá a la pregunta: ¿qué criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado la Corte Constitucional del Ecuador como referencia en los fallos seleccionados? Y, luego a propósito del diálogo jurisprudencial ¿se puede afirmar que existen criterios garantistas y evolutivos a la luz de la doctrina de derechos humanos en los casos de los grupos de atención prioritaria y en el caso de género?

Del universo de casos resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador se tomaron como referencia aquellos que fueron iniciados por personas pertenecientes a un grupo de atención prioritaria y en el que la Corte Constitucional del Ecuador citó criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para decidir en beneficio de la persona necesitada de atención prioritaria, de los cuales se seleccionaron los siguientes:1) Caso de discriminación por causa por género. Sentencia Nº 292-16-SEP-CC, Caso Nº 0734-13-EP, del 7 de septiembre de 2016; 2) Asunto de persona privada de libertad en estado de gestación a quien se le negó el Habeas Corpus. Sentencia Nº 247-17-SEP-CC, Caso N º 0012-12-EP, del 9 de agosto de 2017; 3) Asunto de despido de persona con enfermedad catastrófica. Sentencia Nº 375-17-SEP-CC,

Caso Nº 0526-13-EP del 22 de noviembre de 2017; 4) Negativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de atender a menor de edad por no ser hijo de abuelo, a pesar que este era afiliado del Instituto de Seguridad Social y ejercía la tutela del niño- nieto. Sentencia Nº 380-17-SEP-CC, Caso Nº 2334-16-EP del 22 de noviembre de 2017; y, 5) Despido intempestivo de una persona con discapacidad. Sentencia Nº 004-18-SEP-CC, Caso N. º 0664-14-EP, del 3 de enero de 2018, Estos casos fueron seleccionados por ser pertinentes al presente análisis. Para explicación, el ensayo contiene la estructura siguiente: 1) Características del Diálogo; 2) Desarrollo de casos con identificación de los criterios seleccionados; y, 3) Conclusión.

1. REGLAS DEL DIÁLOGO

La finalidad de cada tipo de diálogo presupone, respectivamente, una concreta situación inicial y un determinado objetivo en los participantes. Las reglas del diálogo entre Cortes podrían resumirse en las siguientes (Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2013)

a) En el diálogo persuasivo la situación inicial es un conflicto de opiniones; el objetivo de cada parte, persuadir a la otra; y la finalidad del diálogo, resolver o clarificar la cuestión.

b) En el diálogo de investigación la situación inicial es el planteamiento de una tesis; el objetivo de cada parte, encontrar o verificar la evidencia; y la finalidad del diálogo, probar o refutar la tesis.

c) En el diálogo de descubrimiento la situación inicial es la necesidad de explicación de un descubrimiento; el objetivo de las partes es hallar una hipótesis; y la finalidad del diálogo, fundamentar la hipótesis.

d) En la negociación la situación inicial es un conflicto de intereses; el objetivo de las partes, recibir lo que se desea cediendo lo menos posible; y la finalidad del diálogo, lograr un convenio razonable mutuamente aceptado.

e) En el diálogo informativo la situación inicial es la necesidad de información; el objetivo de las partes, adquirir o dar información obteniendo ventaja; y la finalidad del diálogo, el intercambio de información.

f) En el diálogo deliberativo la situación inicial es el planteamiento de un dilema sobre una actuación práctica; el objetivo de las partes, coordinar con las demás los objetivos propios y las acciones para conseguirlos; y el fin del diálogo, decidir el mejor curso posible de acción.

g) En el diálogo erístico, es decir, en la riña, la situación inicial es la de un conflicto personal; el objetivo de las partes, atacar verbalmente al oponente; y la finalidad del diálogo, poner de relieve la base profunda del conflicto.

h) El diálogo institucional característico del funcionamiento de las instituciones inspirado en reglas de buen gobierno (Agustí, 2005) (Prats, 2005). La situación inicial es la convergencia de varias instituciones en un sector de actividades; el objetivo de las partes, desarrollar su propia actividad sin interferencia por parte de las otras; la finalidad del diálogo, lograr que la actividad de las instituciones intervinientes se desarrolle con coherencia fomentando sinergias y eliminando obstáculos.

i) El diálogo participativo propio del ejercicio de la autoridad en los sistemas democráticos. La situación inicial es la necesidad de desarrollar una determinada política o actuación por un órgano con autoridad para ello; el objetivo de las partes, imponer la actuación eliminando resistencias e impedirla o imponer su modificación, respectivamente; la finalidad del diálogo, hacer posible llevar a cabo la actuación en la forma más eficaz posible y con menos efectos negativos (García, 1985).

2. DESARROLLO DE CASOS CON IDENTIFICACIÓN DE CRITERIOS INTERAMERICANOS

2.1. Discriminación por causa de género. Sentencia Nº 292-16SEP-CC, Caso Nº 0734-13-EP, del 7 de septiembre de 2016

Yesenia Iza Pilataxi, era bombera del cantón Archidona[85] y fue despedida intempestivamente por Memorando Nº 001-CAD-CBA del 27

85 Contaba con un título de bombera profesional emitido por una institución autorizada. Era bombera profesional bajo el grado de subteniente, mediante la Resolución Nº 004 del 25 de marzo de 2010 del Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos Municipal de Archidona.

de octubre de 2010 emitido por el Alcalde del cantón Archidona, José Toapanta Bastidas. El hecho que habría provocado la destitución irregular, según lo manifestó la accionante, fue su negativa de acceder a los favores sexuales que le solicitaba su exjefe, situación que fue comprobada en la respectiva causa penal.

Por el hecho del despido intempestivo, Yesenia Iza interpuso acción de protección considerando que se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación. Los jueces de primera y segunda instancia, negaron su petición. El juez que resolvió la primera instancia, consideró que, por no existir un contrato de trabajo no procedía la acción de protección. Además de que, a su criterio, no existía prueba de la discriminación. Por su parte, el juez de segunda instancia, consideró que el recurso de apelación no procedía por extemporáneo.

Frente a esta última decisión, Yesenia Iza interpuso acción extraordinaria de protección y la Corte Constitucional resolvió favorablemente, declarando la existencia de discriminación por categoría sospechosas, estas son,"*criterios utilizados tanto por el Estado como por los particulares con miras a realizar diferencias que nunca parecerían justificarse y que en otros casos se presentan también como justificativos utilitaristas apelando a categorías como: el orden público, la moral pública, las buenas costumbres, etc.*".

En esta causa los jueces constitucionales utilizaron criterios de dos casos resueltos por la Corte IDH: *Campo Algodonero versus México y Castro Castro versus Perú*, así como de la Opinión Consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003.

Los hechos de *Castro Castro vs Perú*, dan cuenta de un aparataje estatal creado con la finalidad de erradicar en su totalidad los elementos subversivos de la guerrilla en el Perú de los años noventa. El Presidente de la República del momento, Alberto Fujimori, luego del autogolpe de Estado había decidido entrar al penal Castro Castro y en este acabar con los ánimos partidarios de la célula terrorista de Sendero Luminoso. El resultado de la toma el penal fue de varios muertos y decenas de heridos. Entre ellos mujeres embarazadas quienes no solamente recibieron todo tipo de agresiones armadas, sino también fueron obligadas a permanecer boca abajo en el patio del penal (no obstante su estado de gestación) y en el traslado del penal fueron, a su vez, hacinadas con otros presos y llevadas sin el menor tipo de cuidado. Luego, en

el hospital, las dejaron sin ropa durante quince días y fueron abusadas sexualmente por soldados que tenían el deber de protegerlas.

Por su parte, el caso *Campo Algodonero versus México*, trató sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. En la ciudad de Juárez, México las mujeres entre 15 y 25 años de edad desaparecían y posteriormente sus cadáveres eran hallados con signos de violación sexual y tortura. Esto llevó a que se hable del *Fenómeno de Juárez*. Los familiares de las víctimas denunciaban su desaparición pero la Policía local contestaba frases discriminatorias haciendo alusión a su condición de mujer. Esta actitud de la Policía no quedaba únicamente en frases notoriamente discriminatorias sino que la decidia se mantenía durante la totalidad del proceso posterior al hallazgo de los cadáveres. Esto es que no se siguió el procediimento adecuado ni los protocolos correspondientes para el levantamiento del cadáver, custodia de la prueba, entrega del cadáver y posterior proceso judicial.

La razón principal por la que se tomaron estos dos casos como referencia, Castro *Castro versus Perú* y *Campo Algodonero versus México*, fue porque la CorteIDH encontró en ambos casos que los Estados partes de la Convención, Perú y México, respectivamente, no cumplieron con la prevención, protección y posterior sanción de los hechos discriminatorios por concepto de género. Con ello, las víctimas que acudieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontraron en sus decisiones, la reparacion a las violaciones de género perpetradas por el Estado.

¿Qué criterios interamericanos utilizaron?

• De la *Opinión Consultiva No. 18/03*, citaron el criterio que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir prácticas discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinados grupos de personas.

• Del caso *Castro Castro versus Perú*, la Corte IDH sostuvo que los Estados están obligados a actuar con la debida diligencia en la investigación y sanción de tales hechos.

• En *Campo Algodonero versus México*, la Corte IDH señaló que las reparaciones a las víctimas debían adoptar una perspectiva de género y que deben tener una vocacion transformadora de dicha situacion, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo resolutivo sino también correctivo.

• De los casos *Castro Castro versus Perú* y *Campo Algodonero versus México* señalaron que estos eran ejemplos de violación a la Convención Belem Do Pará[86]; que los Estados tenían, bajo la normativa de la Convención Interamericana, la obligación de prevención, reconociendo el derecho fundamental de todas las mujeres a una vida libre de violencia y además, resaltaron que el Estado, en casos de violencia de género, es responsable de la prevención, investigación y sanción.

Como situación inicial encontramos el dilema sobre la actuación práctica de los operadores judiciales de segunda instancia quienes, no obstante de tratarse de un caso de discriminación por causa de género bajo categoría sospechosas, decidieron no aceptar la acción de protección ni reparar la vulneración de los derechos vulnerados. Frente a ello, y tomando como referencia los criterios que la Corte IDH dio en los casos citados, la Corte Constitucional decidió favorablemente a Yesenia Iza Pilataxi. Primero, ordenando la restitución del trabajo a la perjudicada, con esto revirtieron las medida discriminatoria del despido. Segundo, la Corte Constitucional dispuso que los jueces deben generar confianza a la víctima de violencia de género. Un criterio opuesto al que manifestaron los jueces de instancia quienes negaron la acción de protección sin entrar a analizar la vulneración o no del Derecho. Con esto cumplieron el estándar internacional de la debida diligencia en la investigación y sanción de causas discriminatorias. Tercero, los jueces de la Corte Constitucional dispusieron se cree el Protocolo de Trabajo con visión de género para el Municipio de Archidona y se lleve a cabo la campaña de rechazo social de las agresiones de género que prevean medidas de protección a las víctimas. Con esto cumplieron el estándar relacionado a la obligatoriedad de los jueces de dictar decisiones con enfoque de género y que estos deben buscar, en la reparación, una forma de corrección de conductas discriminatorias. Cuarto, los jueces constitucionales para dar cumplimiento al estándar de la obligación de prevención que tiene todo Estado signatario de la Convención Americana y Convención Belém Do Pará, conminaron al cambio de patrones culturales. Mencionaron que "*el cambio de patrones culturales es una tarea difícil, el primer paso lo deben dar las autoridades nominadoras de las instituciones públicas y privadas*".

86 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención Belém do Pará. Define la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

El objetivo de los jueces constitucionales frente al dilema inicial de la discriminación de género, fue declarar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, restituir el derecho vulnerado y prevenir la desviación de los operadores de justicia en casos análogos que a futuro se presenten en la judicatura. Demostrando con ello, la coordinación propia de un ejercicio de control convencional interno realizado por los jueces constitucionales. La finalidad del diálogo, al haber citado los criterios de *Castro Castro versus Perú y Campo Algodonero versus México*, fue la decisión del mejor curso posible de acción en el caso tratado y los juicios futuros de discriminación por causa de género.

Ahora, en cuanto al diálogo entre Corte Constitucional y los jueces de instancia que resuleven garantías constitucionales relacionadas con la discriminación por causa de género, la sentencia da cuenta de un diálogo participativo. La situación inicial plantea la necesidad de desarrollar una determinada actuación por un órgano con autoridad para ello y lo que busca es imponer o impedir una actuación determinada, o bien lograr una modificación de una actuación. En este caso, la Corte Constitucional hace un llamado de atención a los jueces que conocen asuntos de género, conminando a que den confianza a la víctima de estos asuntos y que al momento de resolver causas de este tipo, deberán decidir con una perspectiva de género. Logrando con ello una protección y no persecusión del aparataje judicial a la víctima de violencia de género. Con ello, la finalidad es conseguir una actuación eficaz y con menores efectos negativos a futuro en causas análogas.

2.2. Asunto de persona privada de libertad en estado de gestación a quien se le negó el Habeas Corpus. Sentencia Nª 247-17-SEP-CC, Caso N º 0012-12-EP, del 9 de agosto de 2017

La señora Sara Moya se encontraba en estado de gestación durante su detención. Ella solicitó la sustitución de la pena privativa de libertad al arresto domiciliario. Esto fue negado, ya que a criterio de los jueces de la Corte Nacional de Justicia “aquello constituye sustitución de la prisión, la misma que solo puede ser ordenada por el juez de garantías penales, en la etapa correspondiente y siempre que se demuestre oportunamente su estado de embarazo“. Como la Sra. Sara Moya al inicio del proceso penal no se encontraba embarazada sino que concibió en el tiempo que cumplía la pena, los jueces de la Corte Nacional de Justicia consideraron que su detención no era arbitraria, ilegal o ilegítima.

Ahora bien, efectivamente, en un principio no se trataba de una detención contraria a las normas jurídica, pero eso no significa que la detención legal no pueda convertirse, durante el cumplimiento de la pena, en arbitraria, ilegal o ilegítima. Tales son los casos, por ejemplo, de las personas privadas de libertad que en ocasiones son torturadas en los centros de rehabilitación social. Si bien al tiempo del juicio la persona pudo ser detenida y posteriormente juzgada y sancionada, conforme a las normas del debido proceso, al momento de su detencion, por los actos de tortura, la privación de libertad se convierte en arbitraria y la víctima debe ser protegida. Por lo tanto, si una persona privada de libertad considera que su detención atenta contra la integridad física, por ejemplo en el caso de la tortura, bien puede solicitar un habeas corpus y el juez que sustancie la causa, está llamado a resolver sobre el Derecho Constitucional vulnerado y no, necesariamente, si su detención al inicio del proceso fue ilegal, arbitraria o ilegítima.

En este caso, la Corte Constitucional declaró vulnerado el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso por parte de los jueces de la Corte Nacional de Justicia porque los operadores judiciales al momento de resolver el habeas corpus debieron valorar si las condiciones en las que transcurría la privación de la libertad de Sara Moya, constituían o no, una violación o amenaza a su integridad física, que debían protegerse por medio de la acción de habeas corpus. Además, mencionó la Corte Constitucional que "el que una mujer embarazada pueda solicitar la sustitución de la medida de prisión ordenada en su contra por medio de un procedimiento ordinario, como es la solicitud ante el juez competente para tramitar el procedimiento o ejecutar la pena, no excluye *per se* la posibilidad de lograr dicha sustitución a través del habeas corpus".

¿Qué criterios interamericanos utilizaron?

La Corte Constitucional acogió la valoración que los jueces de la Corte IDH han hecho sobre el habeas corpus.

• Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 señaló que el habeas corpus debe verificar una real vulneración a los derechos a la libertad o integridad personal.

• La Corte Constitucional citó la Convención Americana de DD.HH., Art. 4.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, a partir del momento de la concepción.

• La Corte Constitucional manifestó que la mujer privada de la libertad en estado de gravidez es razón suficiente para considerar amenazada su vida y su integridad física, así como la protección del nasciturus, por el efecto de la privación de la libertad. Ello, a su vez, satisface el presupuesto de procedibilidad del habeas corpus, con lo cual los juzgadores que conocieron y resolvieron el recurso debieron dictar medidas sustitutivas a la prisión hasta 90 días después del parto.

Entonces, puede que la detención no sea arbitraria, ilegal o ilegítima, pero puede llegar a convertirse en tal sí dentro de la prisión se vulneran derechos fundamentales como es el caso. La Corte Constitucional agregó también que el habeas corpus es un derecho reconocido convencionalmente como herramienta para la lucha por la libertad y la integridad personal. Por lo tanto, el tipo de derechos sobre los que el operador jurídico que conoce la garantía jurisdiccional del habeas corpus, debe resolver, son precisamente la libertad y la integridad personal. Además, si se trata de una persona privada de libertad en estado de gestación, hay una protección especial al niño que está por nacer. Lo anterior se convirtió en regla jurisprudencial vinculante para casos futuros.

Entre la Corte Constitucional y la CorteIDH se dio un diálogo deliberativo cuya situación inicial era el dilema sobre cómo resolver un habeas corpus presentado por mujer embarazada para sustituir la pena de privación de libertad. En este caso también se constata la coordinación del criterio nacional de la Corte Constitucional con las opiniones convencionales sobre el habeas corpus y la protección del que está por nacer. La finalidad del diálogo era decidir el mejor curso posible de acción, que se consiguió al momento en que la Corte Constitucional declaró la vulneración del derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso. Además, ordenó la reparación integral dejando sin efecto la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, la orden de otorgar disculpas públicas a la perjudicada, de asegurar medidas de no repetición y de disponer al Consejo de la Judicatura la investigación, determinación de responsabilidades y sanción de los jueces que ordenaron en un principio la prohibición de sustitución de la medida sustitutiva a la prisión.

Además, se encuentra la existencia de un diálogo participativo entre la Corte Constitucional y los jueces que conocen las acciones de habeas corpus en los casos con el mismo patrón fáctico. La situación inicial es la de desarrollar una determinada actuación por parte de un órgano con autoridad para ello, los jueces que sustancian las acciones de

habeas corpus, e imponiendo una actuación específica: *"En concreto, el que una mujer embarazada pueda solicitar la sustitución de la medida de prisión ordenada en su contra por medio de un procedimiento ordinario, como es la solicitud ante el juez competente para tramitar el procedimiento o ejecutar la pena, no excluye per se la posibilidad de lograr dicha sustitución a través de la acción de habeas corpus si, como en el presente caso, se verifica que este procede, de acuerdo con su objeto establecido en la Constitución".* Este criterio tiene como finalidad lograr una actuación eficaz de los operadores judiciales que decidan sobre el mismo patrón fáctico. Evitando con ello la continua generación de efectos negativos e imponiendo la modificación de la actuación inicial que fue lesiva de los derechos a la seguridad jurídica y el debido proceso.

2.3. Asunto de despido de persona con enfermedad catastrófica. Sentencia Nª 375-17-SEP-CC, Caso Nº 0526-13-EP del 22 de noviembre de 2017

El 22 de octubre de 2012, el señor César Nogales presentó acción de protección en contra de PETROECUADOR por despido intempestivo. César Nogales era trabajador de PETROINDUSTRIAL, actual PETROECUADOR, desde el 1 de junio de 1988 y debido a la contaminación que se produce en dicho complejo industrial por la presencia de gases tóxicos, le detectaron dos enfermedades catastróficas graves. Dichas enfermedades las padece desde el año 2004 y tanto el juez de primera como de segunda instancia, negaron la acción de protección por considerarla un asunto de legalidad.

¿Qué criterios interamericanos utilizaron?

- El derecho a la salud reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El artículo 10 del Protocolo de San Salvador está en consonancia con el artículo XI de la Declaración Americana, en el cual señala que el mencionado derecho debe ser garantizado por medio de *"medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".*

- A su vez, el artículo 26 de la Convención, reconoce la obligación directa de los Estados de promover el desarrollo progresivo y la no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

- De lo anotado se evidencia que el derecho a la salud es un derecho que se articula sistemáticamente con otros derechos constitucionales, entre los que se destaca el derecho al trabajo, puesto que dentro del desarrollo de las diversas actividades laborales, se debe asegurar que las mismas no vayan en detrimento de la salud de las personas y de su vida, por lo que los trabajadores con afectaciones de tipo profesional merecen un trato diferenciado en razón de su particular situación, esto es, una enfermedad que tiene causa directa de la actividad laboral, de ahí que se desarrolle conceptos de protección para este grupo de personas, como la estabilidad laboral reforzada.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada la Corte Constitucional sostuvo que dadas las peculiaridades de determinados trabajadores se les debe brindar un trato preferente… lo que busca es superar aquellas desigualdades que necesitan ser protegidas para que se pueda hablar de una verdadera igualdad dentro de una sociedad plural atrasada por relaciones de poder.

- En cuanto a la reparación integral, la adopción de medidas de restitución a favor del accionante. La Corte Constitucional citó el caso Tibi versus Ecuador el cual establece un concepto de reparación integral a partir de la restitución de las cosas al estado anterior: *"224. La reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, el tribunal internacional debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados".*

Se encuentra en este caso, nuevamente, la existencia de un diálogo delibertativo, la situación inicial es la existencia de un dilema sobre una actuación práctica: el despido de una persona con enfermedad catastrófica y el objetivo de quienes participan en el diálogo, el de coordinar los objetivos a los parámetros del Protocolo de San Salvador, a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Constitución del Ecuador. La coordinación de criterios permitió tomar una decisión que significará darle un mejor curso posible de acción al despido de la persona con enfermedad catastrófica. Bajo la coordinación de criterios jurídicos convencionales se decidió a favor del perjudicado, con la declaración de la vulneración del derecho al trabajo y la debida reparación integral por el daño causando.

En cuanto al diálogo entre la Corte Constitucional y los jueces nacionales, este fue de tipo participativo, porque impuso una actuación determinada con la finalidad de lograr, en casos futuros, una actuacion eficaz con menores efectos negativos a quienes plantean acciones en condiciones similares. Los jueces constitucionales señalaron que en en el futuro cuando los jueces de instancia conozcan casos con el mismo patrón fáctico, deberán cumplir la regla jurisprudencial siguiente: *"Las personas portadoras de enfermedades catastróficas/profesionales gozan de un principio de estabilidad laboral reforzada merecedores de una especial protección; en tal virtud, no podrán ser separados de sus labores en razón de su condición de salud… los trabajadores que padecen enfermedades profesionales deberán tener acceso a la reubicación laboral en su medio de trabajo cuando el desempeño de sus actividades se vea mermado por su condición de salud"*.

Con el dictamen de esta regla jurisprudencial los jueces impusieron para el caso concreto y los análogos, una actuación determinada que permita lograr una actuación más eficaz a favor de las personas con enfermedades catastróficas, evitando los efectos negativos de una postura contraria.

2.4. Negativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de atender a menor de edad por no ser hijo de abuelo, a pesar que este era afiliado del Instituto de Seguridad Social y ejercía la tutela del niño- nieto. 22 de noviembre de 2017

Un niño con discapacidad, diagnosticado con retardo mental, trastorno por déficit de atención, trastorno de conductas sociales y epilepsia requería de atención médica. En varias ocasiones el abuelo del menor, a cuyo cargo se encontraba porque la madre padecía de drogadicción, lo llevó al IESS para tratarlo por sus afecciones, pero cuando se derivó al especialista, el IESS se negó a prestar el servicio de salud al niño-nieto. La negativa del IESS se debió a que el niño-nieto no se encontraba considerado, según las disposiciones legales, dentro de los sujetos de protección del IESS. La ley no era extensiva a los nietos bajo custodia legal de los abuelos. Sobre estos hechos el abuelo presentó acción de protección, la que fue aceptada en primera instancia, pero revocada ante el juez de alzada. Por ello, el señor NN, abuelo del menor interpuso acción extraordinaria de protección que la Corte Constitucional aceptó.

La Corte Constitucional consideró que los jueces que resolvieron el recurso de apelación, vulneraron el derecho a la salud del niño-nieto.

¿Qué criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizaron?

• Como fundamentos legales, los jueces de la Corte Constitucional citan el Art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el Art. 10 del Protocolo de San Salvador y la Observación Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También citaron los artículos 32, 358, 359 y 363 de la Constitución de la República del Ecuador.

• Además, se citaron los casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado su criterio con relación al derecho a la salud y su relación con el derecho a la vida y la integridad física: *Ximenes López versus Brasil; Albán Cornejo versus Ecuador; Furlán vs Argentina; Furlan versus Argentina; y, Suárez Peralta versus Ecuador,* el estándar señalado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es que: *"… el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana".*

• El estándar que demuestra la interdependencia entre los derechos humanos, sobre todo en tratándose de derechos sociales los que han sido difícilmente judicializados y protegidos. La salud como derecho y como servicio público resultan ser interdependientes, esto significa que el sistema que garantiza el servicio de salud no puede desconocer la existencia y prevalencia del derecho a la salud. El servicio público de salud es la estrategia institucional para realizar el mencionado derecho. El derecho a la salud como servicio público implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.

• Cuando se trata de menores de edad, a criterio de la Corte Constitucional, citando el caso F*urlán y Familiares versus Argentina y Gonzáles Lluy y otros versus Ecuador*, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que por su temprana edad y situación de indefensión requieren de especial protección.

En tanto el derecho a la salud de los niños, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, por tener el carácter de "constitucional y humano", debe ser protegido de forma inmediata. (...) los niños al ser parte de las personas de atención prioritaria, en tanto al ser considerados grupos vulnerables ostentan una protección reforzada a la hora de garantizarse sus derechos, entre ellos el derecho subjetivo a la salud.

• Para los jueces constitucionales el derecho a la salud consagra tres obligaciones para el Estado: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir. Esta última consagra la obligación de facilitar, proporcionar y promover el acceso al derecho, así como la adopción de medidas legislativas.

• Con base al principio pro ser humano, en caso que existan dudas en torno a si el servicio se halla excluido o incluido dentro de aquellos previstos en el régimen de coberturas, ha de prevalecer una hermenéutica que favorezca la prestación efectiva del mismo, y más aún si el servicio tiene que ser prestado a una persona en doble situación de vulnerabilidad, niño-persona con discapacidad.

• Además, el niño-nieto padecía de epilepsia. Una enfermedad crónica que requiere de atención médica especializada, así como de chequeos médicos continuos para entender que se ha respetado el principio del interés superior del niño. Bajo el criterio de los jueces constitucionales, el IESS al aplicar el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, para suspender la atención médica al niño-nieto dejó de lado los preceptos constitucionales y esto representa una regresividad en lo que respecta el derecho a la salud y a la atención y cuidado de niñas y niños.

• La Corte, nuevamente, citó el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cuscul Piraval y otros, señalando la imposibilidad de efectuar un análisis global sobre la regresividad a partir de un grupo reducido de personas. Sin embargo, se indicó que: *"... cuando se trata del derecho a la salud hay una obligación de cumplimiento progresivo, y esto se refiere al derecho a la salud en general, tanto curativa como preventiva y cuya atención es debida a toda la población",* es decir existe una situación de exigibilidad inmediata de este derecho en relación con el principio de no-discriminación, en el sentido que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria.

Por su parte, la Corte aclaró que nadie puede ser discriminado por cualquier distinción personal o colectiva, temporal o permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La inclusión de estos criterios se ha denominado categorías o criterios sospechosos. Para identificar la categoría sospechosa, es necesario tener presente: i) aparecen como categorías prohibidas en el texto constitucional, artículo 11 numeral 2 CRE; ii) restringen derechos constitucionales; y que, iii) generalmente afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado.

Además, la suspensión del servicio de atención médica de un menor con discapacidad intelectual es un hecho cierto, para lo cual el IESS argumentó la aplicación del artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, en la que se determina que la cobertura del servicio no es extensiva para los nietos del afiliado, producto de lo cual el niño-nieto se ha visto gravemente afectado. Así se colige el cumplimiento de los tres parámetros para identificar la categoría sospechosa.

Por ello se evidencia, a criterio de la Corte Constitucional, que al niño-nieto se le vulneró el derecho a la salud en la sentencia de segunda instancia dentro de la acción de protección Nº 01904-2016-00020 dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay el 30 de septiembre de 2016. Porque los jueces provinciales no realizaron el respectivo análisis de la actuación del IESS al negar la atención del mencionado niño sin considerar su situación de doble vulnerabilidad, sin estimar que este se encuentra bajo custodia de un afiliado, sin el examen de lo que implica el derecho a la salud y sin atender los criterios jurisprudenciales convencionales.

Se identifica la existencia de un diálogo deliberativo entre la Corte Constitucional y la Corte Interamericana. Al ser la situación inicial un dilema sobre la extensión o no del servicio público de salud a un niño nieto de un afiliado que ejerce la tutela del menor. Los criterios convencionales permitieron coordinar las acciones futuras para lograr la cobertura de salud en este mismo tipo de situaciones. Logrando con ello, una decisión favorable que propone un mejor curso posible de acción en casos futuros.

En cuanto a la Corte Constitucional y, en este caso, la función legislativa, se dio un diálogo participativo. La situación inicial que plantea-

ba el Art. 120 de la Ley de Seguridad Social no permitía la cobertura del servicio de salud a los nietos de afiliados que ejercen la tutela del menor. El objetivo en este caso fue imponer una modificación de ley, de manera que lograron una actuación eficaz del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que produjera menores efectos negativos a futuro en casos análogos.

2.5. Despido de una persona con discapacidad. Sentencia Nª 004-18-SEP-CC, Caso N. º 0664-14-EP, del 3 de enero de 2018 por el que una persona con discapacidad, por su condición, fue despedida intempestivamente de la Agencia de Tránsito del Ecuador

La señora Zurkaya Robalino Flores trabajaba dentro de la Agencia de Tránsito del Ecuador y fue despedida intempestivamente. Ella tenía un grado de discapacidad del 50% y, a pesar de ello, según relató en su demanda de acción de protección, había sido discriminada en su trabajo por medio de tratos descorteces, altaneros y abusivos por parte de sus superiores. Su jefa le dispuso desarrollar actividades laborales en el archivo de la institución y, al mismo tiempo, sin considerar su discapacidad física, le ordenó trabajar en ventanilla de atención al público. Al no poder realizar correctamente ambas tareas, no le renovaron el contrato y fue despedida. Frente a esto, Zurkaya Robalino presentó acción de protección, la misma que fue negada tanto en primera instancia como en segunda instancia. Luego de lo cual, la perjudicada interpuso acción extraordinaria de protección que la Corte Constitucional resolvió a su favor.

¿Qué criterios interamericanos utilizaron?

• La Corte Constitucional, citó los casos *Velásquez Rodríguez versus Honduras y Usón Ramírez versus Venezuela, en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el principio iura novit curia*, criterio a través del cual el juzgador tiene la facultad e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las haya invocado expresamente.

• Luego, la Corte Constitucional citó el caso *Lagos del Campo versus Perú* a propósito del derecho al trabajo: Párr. 147: En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que "implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo".

Asimismo, ha señalado que el "incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados partes se abstienen de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros", lo cual incluye "el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente".

"Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta al puesto de trabajo, sino implica respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho".

• Además, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2017, establece un estándar mínimo de protección contra terminaciones de la relación laboral que resulten injustificadas o improcedentes. Conforme lo reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Orgánica de Discapacidades en particular en su Art. 51, el cual dispone que las personas con discapacidad gozan de un régimen de protección especial al derecho al trabajo, así como a las garantías de estabilidad laboral.

Conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Estado ecuatoriano, además de tener la obligación de garantizar el derecho al trabajo a las personas con discapacidad, deberá velar, entre otras consideraciones, por su estabilidad laboral o condición de continuidad: Art. 27 Trabajo y Empleo: 1. Los estados partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los estados partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por

motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables. Por lo que, conforme las disposiciones consagradas en la Constitución, así como en Convenios Internacionales, las personas con discapacidad tienen, entre otros derechos, el de trabajar en condiciones de igualdad de oportunidades, en un marco de estabilidad laboral, que permita alcanzar la realización económica y personal de este grupo de personas con derecho a recibir atención prioritaria.

Respecto al deber del Estado de garantizar el derecho al trabajo y de proteger al trabajador del despido improcedente, es valioso el aporte que en el caso *Lagos del Campo versus Perú* hacen los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que recoge la Corte Constitucional del Ecuador, cuando menciona que: "Lo improcedente no es el despido sino hacerlo por causas arbitrarias o contrarias a Derecho". El despido debe realizarse bajo causas justificadas y que el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas del lugar donde labora.

En cuanto a lo ordenado en el *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la sentencia recordó que, frente a una persona con discapacidad, el Estado debe garantizar: su derecho al trabajo, a la estabilidad y a la condición de continuidad. Por ello, la Corte Constitucional, para hacer cumplir el derecho al trabajo, estimó que la accionante sea restituida a su puesto, bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales. Para hacer cumplir los requisitos de estabilidad y condición continuada, dispuso que la accionante tenga el contrato de servicios ocasionales hasta que la institución pública realice, en el menor tiempo posible, el respectivo concurso de méritos y oposición que permita a la legitimada activa participar en este y tener la oportunidad de ingresar en el servicio público. Por último, se dispuso realizar en la Agencia de Tránsito del Ecuador una capacitación en materia de los derechos de las personas con discapacidad.

Entre la Corte Constitucional y la Corte Interamericana se dio un diálogo deliberativo. Se identificó como situación inicial un dilema respecto a la procedencia o improcedencia del despido de una persona con discapacidad. Los jueces constitucionales consideraron que no procede el despido de personas por su condición de discapacidad porque tal hecho es discriminatorio. La finalidad del diálogo logró reconocer la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad.

Entre los jueces constitucionales y los jueces de instancia que conocen acciones de protección sobre el mismo patrón fáctico, se dio un diálogo participativo al imponer un criterio que modifica su actuación judicial. Porque conmina a los operadores judiciales a resolver sobre la vulneración o no de derechos constitucionales dentro de garantías jurisdiccionales y porque constituye, asimismo, un precedente aplicable en casos futuros análogos.

3. CONCLUSIONES

En el diálogo deliberativo la situación inicial es el planteamiento de un dilema sobre una actuación práctica; el objetivo de las partes, coordinar con las demás los objetivos propios y las acciones para conseguirlos; y el fin del diálogo, decidir el mejor curso posible de acción.

En el diálogo participativo la situación inicial es la necesidad de desarrollar determinada política o actuación por un órgano con autoridad para ello. El objetivo es imponer una actuación, imponer una modificación o impedir una actuación. La finalidad, es lograr una actuación eficaz y con menores efectos negativos.

Se puede afirmar que, en los cinco casos planteados, entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Interamericana de Derechos Humanos existió un diálogo deliberativo. Al ser la situación inicial el enfrentarse al dilema de la vulneración de derechos constitucionales y logrando, con base a los criterios progresivos y de protección dados en las sentencias interamericanas, la coordinación de criterios y decisión en el sentido más favorable.

En el litigio de género acoge el innovador criterio interamericano de la reparación correctora; en el caso de género, se obliga a los jueces que conocen causas de violencia contra la mujer a fallar con enfoque de género; en el asunto de la mujer embarazada privada de libertad, dicta la regla jurisprudencial de protección del nasciturus; en la causa del trabajador con enfermedad profesional, establece la regla interpartes y proteccionista de la estabilidad laboral reforzada; en la causa del niño-nieto se reformó el artículo 120 de la Ley de Seguridad Social para que exista cobertura a los nietos de afiliados cuya tutela ejercen; y, por último, en el caso de la persona con discapacidad despedida, señaló el claro criterio que las personas con discapacidad gozan de un régimen de protección especial del derecho al trabajo y que al momento de despedir a

una persona, el empleador debe hacerlo por causas justificadas, acreditar razones suficientes para imponer dicha sanción y el trabajador debe poder recurrir tal decisión ante las autoridades internas.

Por su parte, el diálogo entre la Corte Constitucional y los operadores judiciales, se lo puede calificar de participativo. Ya que, modificó la situación inicial que lesionaba los derechos constitucionales e impuso una modificación en la actuación de los jueces de instancia que a futuro conozcan casos similares. Logrando con ello una actuación eficaz y con menores efectos negativos que los dados anteriormente.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. (2013). Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. *XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Agustí, C. (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. España: Estudios goberna.

Corte Nacional de Justicia (2016) Caso de discriminación por causa por género, 0734-13-EP

Cabrera y Carrazco Montalvo. (2016). *Los principios de igualdad y no discriminación, Principios Constitucionales,* Tomo I. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

García, M. (1985). *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid: Alianza.

Prats, J. (2005). *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración.

Base Legal

Corte Constitucional (2018) Sentencia 004-18-SEP-CC, Caso 0664-14-EP (Corte Constitucional del Ecuador 03 de Enero de 2018).

Corte Constitucional (2017) Sentencia 247-17-SEP-CC, Caso 0012-12-EP.

Corte Constitucional (2017) Sentencia 247-17-SEP-CC, Caso 0012-12-EP.

Corte Constitucional (2017) Sentencia 292-16-SEP-CC, Caso 0734-13-EP

Corte Constitucional (2017) Sentencia 375-17-SEP-CC, Caso 0526-13-EP).

Recibido: 9 de septiembre de 2018

Aceptado: 19 de noviembre de 2018

Verónica Hernández Muñoz, Mgtr.: Docente titular UEES

Correo electrónico: vlhernandez@uees.edu.ec

RECENSIÓN

La justicia gratuita, entre el antiguo régimen y el sistema liberal constitucional

Free justice, between the ancient regime and liberal constitutional system

Dr. Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, PhD
Docente titular de la Universidad de las Américas

Documento Original (Recensión)[87]
RFJ, No. 3, 2018, pp. 425-435, ISSN 2588-0837

PALABRAS CLAVE: pobreza, abogados de pobres, defensoría pública, costas procesales, caso de Corte, derecho a la justicia.

KEY WORDS: powerty, poor man's lawyers, free justice, public defender, court costs, case of Court, right to justice.

Recensión de Bádenas Zamora, Antonio, *Los litigantes miserables ante la Justicia de Fernando VII*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, 145 pp. ISBN 978-84-9148-797-5

Review of Bádenas Zamora, Antonio, *Los litigantes miserables ante la Justicia de Fernando VII*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, 145 pp. ISBN 978-84-9148-797-5

1. INTRODUCCIÓN: LA INVESTIGACIÓN Y SU AUTOR

En ocasiones, al pasear por la Historia Jurídica, uno puede sorprenderse que haya avances que hoy se consideran indiscutibles, en su momento padecieron de retrocesos, justo al punto en que las proclamas liberales parecían establecer un mundo en el que el individuo fuera el centro de la vida política, económica y social. Antonio Bádenas, ya desde su primer gran trabajo de investigación, apuntó a las azarosas condiciones en que los que antes habían sido súbditos y ahora, fundamentalmente, eran ciudadanos, en algún aspecto, con la proclamación de las libertades individuales, quedaron en una situación de mayor

87 El presente documento fue sometido a revisión de pares externos

desprotección que la que gozaban bajo el amparo de la justicia real del Antiguo Régimen.

La institución que se estudia en estas páginas, como acierta a poner de relieve el autor, inicialmente se contempló dentro de las funciones tuitivas del soberano sobre determinados sectores de súbditos, ya que, por motivos humanitarios, religiosos y caritativos, realmente todos ellos entreverados, la protección del débil se consideraba una exigencia para el gobernante cristiano. Habrá de ser el avance del pensamiento constitucional en el siglo XX el que inserte a la justicia gratuita entre los derechos de protección, exigibles a un Estado garantista: sin ella no es posible la verdadera justicia, que trate a todos por igual, como se reclama del poder público (p. 17). Ese es el cauce por el que lo podemos ver recogido en las declaraciones constitucionales de derechos de modo generalizado a partir de mediados del siglo XX.

Antes de proseguir, convendrá advertir elementos de interés para el lector ecuatoriano. Uno de ellos es de carácter general, de la historia política contemporánea, y consiste en percibir la paradójica y triste situación a la que el régimen liberal arrojó a los más desfavorecidos, en cuanto a su posibilidad de acceder a la justicia. La pretensión de igualdad original del liberalismo repelía los tratamientos desiguales. Eso, en relación con el acceso a la justicia, significaría cierta desprotección de los menos capacitados económicamente, que fue (y sigue siendo, en sus versiones más o menos evolucionadas en el siglo XXI) la asignatura pendiente de la ideología entonces triunfante. Otro elemento de interés es de Derecho Comparado: la justicia gratuita se halla constitucionalizada muy recientemente en España, como Bádenas recuerda, pues solo a partir de 1978, "el disfrute de la justicia gratuita dejó definitivamente de ser un privilegio y pasó a ser considerado un derecho público, de carácter subjetivo, habilitador del acceso jurisdiccional". En Ecuador ocurre igual.

El Art. 75 del texto de 2008 así lo estableció, pero operando por distinta vía. En consonancia con declaraciones internacionales de derechos, se reconoce que "toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, [...]; en ningún caso quedará en indefensión", y ello se completa con la creación de un órgano específico para "garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos" (Art. 191): la Defensoría Pública. En coordinación con ella, el art. 193, pre-

vé servicios de defensa y asesoría jurídica a personas sin suficientes recursos y a grupos considerados “de atención prioritaria”, por parte de las facultades de Derecho de las universidades (Defensoría Pública del Ecuador, web). También es práctica más o menos frecuente en los despachos las actuaciones, pro bono, sin contraprestaciones económicas, en favor de personas sin recursos. A lo largo de esta obra, el Dr. Bádenas desarrolla su investigación en un paso más acerca de la justicia gratuita, que inició con su propia tesis doctoral, galardonada con el premio extraordinario de Doctorado, acerca de sus avatares en los comienzos del Estado constitucional en España, bajo las regencias y el reinado personal de Isabel II. El trabajo de análisis jurídico que realiza con las fuentes históricas en este caso se ocupa de la época política anterior, los gobiernos de Fernando VII.

Convendrá hacer notar que el autor, ciertamente, posee dilatada experiencia como abogado, como profesor en las aulas universitarias y como minucioso y sólido investigador. En efecto, Antonio Bádenas Zamora se licenció en Derecho por la Universidad Complutense, donde se formó como investigador, aunque finalmente leyó su tesis doctoral en la Universidad Rey Juan Carlos, que fue distinguida con el Premio Extraordinario de Doctorado. Se inició en la docencia en esta institución universitaria, cuando comenzaba su andadura el Centro “Ramón Carande”, que fue el germen de esa universidad. Heredero, académicamente, de una larga tradición de historiadores del Derecho, que desciende del magisterio de Alfonso García-Gallo, sus trabajos destacan el carácter jurídico de la disciplina y, de acuerdo con las líneas de la escuela, siempre ha cultivado la perspectiva institucional. Estudioso de la época contemporánea, especialmente, esta obra obedece a un proyecto nacional de investigación de las fuentes jurídicas del siglo XIX, acerca de “Las influencias extranjeras en la codificación penal española; su concreto alcance en la Parte Especial de los códigos decimonónicos”.

2. DESARROLLO: ESTRUCTURA Y ELEMENTOS RELEVANTES DEL LIBRO

El autor propone, para entrar en su investigación, dos elocuentes citas: de un parlamento del ilustre jurista Lázaro de Dou ante las Cortes de Cádiz en 1811, y un texto de Bravo Murillo de 1836, en las que se pone de relieve la necesidad de facilitar a todos el acceso a los tribunales, superando para ello las barreras que puede imponer la falta de medios. Y desglosa su trabajo en seis capítulos, a los que siguen bibliografía y apéndice documental.

La estructura está primorosamente trabajada, al punto que, puede considerarse un modelo de investigación histórico-jurídica: inicia con una breve y orientadora introducción ("Limitación del tema") en la que da cuenta del marco histórico y del estado de la cuestión, apoyándose en los conocimientos que a Bádenas le avalan como quizá el más experto conocedor en España del instituto de la justicia gratuita. Hijo de su tiempo, el autor reconoce desde el principio la visión negativa con que la historiografía ha retratado a Fernando VII y su reinado. Por extensión, también al Antiguo Régimen, del que este rey puede considerarse, con salvedades y matizaciones, como el último representante en el trono español. Pero, como la justicia y la honradez intelectual exigen al investigador, desde el principio, el autor ha de reconocer su sorpresa: aquel sistema político ofrece un saldo más beneficioso para el pobre que el que la ideología liberal propuso.

El segundo capítulo se ocupa del condicionante económico de la justicia a principios del siglo XIX. Es decir, qué elementos debían afectarse en la consideración de la gratuidad. Se desglosan y detallan los gastos de defensa o pagos a letrados y procurador (cuya intervención siempre era obligatoria), aranceles judiciales, papel sellado y depósitos para los recursos. Todos ellos tienen protagonismo en los debates posteriores. Unos costes que no excedían el ámbito privado, en el primer caso, y que solo eran temporales, por tratarse de una garantía, en el caso de los depósitos. Y dos tipos de tasas que servían a la Hacienda y al pago del personal de la administración de Justicia.

El siguiente capítulo se dedica a identificar a los beneficiarios de la gratuidad, lo que lleva a un estudio de los intrincados privilegios que, desde la Edad Media, habían ido favoreciendo a distintos grupos, equiparándolos a los pobres, de modo que por "miserables" se entendía, en una aplicación extensiva de un texto del Corpus Iuris Civilis, a todos los que "la injuria de la fortuna" les había llevado no solo a la pobreza, sino a la enfermedad, invalidez, viudedad, orfandad… (p. 36) Este fue uno de los grandes argumentos contra el instituto de la justicia gratuidad: su extensión y desvirtuación. El privilegio de litigar gratis se unía a otro de carácter jurisdiccional: el tratamiento como caso de Corte, casos que fueron aumentando con los años hasta constituir un número considerable, que les extraía a otras justicias y se llevaba ante los tribunales reales superiores. De estos efectos jurisdiccionales de la pobreza, y de otros más que se seguían, se ocupa el siguiente capítulo, 4, que, junto al 5, expone la evolución del régimen jurídico de la gratuidad. Se desglosan los derechos que fueron reconfirmados: además de la consideración

como caso de Corte, la representación y asistencia gratuita en juicio, la exención de aranceles, el uso de un papel sellado "de pobres", de precio muy reducido, y la exoneración de los depósitos para recursos.

Los casos de Corte son objeto de especial consideración; consistían, prácticamente, en que en determinados supuestos y a determinadas personas habían de ser los tribunales superiores (audiencias, chancillerías y sala de alcaldes de Casa y Corte) los que enjuiciarán en primera instancia. Refiere el autor que "la progresiva desnaturalización que con el paso del tiempo experimentó esta prerrogativa procesal, a causa fundamentalmente de haberse hecho extensiva a otras personas o instituciones procedentes de estamentos sociales superiores, justificó que los constituyentes de Cádiz concibieran la idea de eliminarla del ordenamiento jurídico" (p. 47). Y es lo que expone detalladamente en el siguiente capítulo. Bádenas no teme adentrarse en los volúmenes, a veces confusos, prolijos, de los debates parlamentarios. Una muestra de ellos la reproduce en su apéndice documental. Las Cortes de Cádiz decidieron suprimir el fuero privilegiado que constituían los casos de Corte. El objetivo liberal de acabar con fueros y desigualdades chocaba con la igualdad jurídica que se proclamaba. Pero, el autor da el título de "reconfirmación" a la situación jurídica posterior. Y es que, en efecto, el retorno del monarca "deseado" implicó la derogación de todas esas reformas procesales y la consecuente recuperación de los casos de Corte y de los privilegios jurisdiccionales a los "miserables". Además, en la España dominada por el "rey intruso" francés se habían aprobado reformas en la administración de Justicia, pero esta figura no había sido suprimida.

La asistencia gratuita en juicio no experimentó tampoco novedad. Constituía una carga que los letrados debían soportar "por amor de Dios". Desde tiempos medievales así se había entendido, que la asistencia era por cuenta del abogado, por cuyos servicios a los pobres nadie le satisfaría nada, excepto en unos casos en estaban designados que los concejos municipales. Lo que se había ordenado era un turno para que todos los abogados fueran atendiendo esas funciones (p. 54).

En cuanto a la exención de tasas, había sido objeto de reciente regulación en la Novísima Recopilación, en 1805, desarrollando asimismo disposiciones romanas y canónicas. Igualmente ocurrió con el "papel sellado de pobres", de precio notablemente inferior al que se exigía para los pleitos ordinarios, y la supresión de la caución para recurrir, que se mantuvieron tras la restauración fernandina. Una reforma en 1810 vino

a eliminar un problema para los “pobres de solemnidad”: se permitió que las actuaciones previas a su declaración fueran igualmente gratuitas, lo que había sido un a veces difícil obstáculo hasta el momento.

Los cambios se intentaron en torno al proceso, en general, y al establecimiento de los efectos de la declaración de pobreza, unidos al nuevo sistema de tasas. El autor sigue las transformaciones normativas y las que se frustraron en torno al proceso y a los sujetos que actuaban en él. Durante el reinado de Fernando VII no fueron efectivos los cambios, por las alteradas circunstancias en que no llegó a aplicarse la Constitución de Cádiz y, durante el trienio liberal, por la similar falta de tranquilidad política y social. Solo el cambio de reinado, y de régimen, en 1833, permitiría que las reformas se fueran implantando. ¿Cómo afectaban las modificaciones procesales al beneficio de pobreza? Frente al sistema anterior, que confiaba al arbitrio judicial la concesión del mismo, se estableció un requisito objetivador, administrativo, que pasaba por la expedición de unos certificados municipales de pobreza, con ciertos requisitos. Así establecía el proyecto de código de 1821, que fue objeto de informes por distintas instituciones jurídicas: colegios de abogados, universidades y tribunales. En ellos se criticó que únicamente fuera la información tributaria la que sirviera de base a la consideración de pobre, lo que facilitaba el engaño.

Las conclusiones están expuestas en otro capítulo, el 6, bajo el rótulo de “Reflexión final”. Sintetiza con precisión los cambios –mejoras- que el legislador realista (los gabinetes designados por Fernando VII) introdujo en la regulación del acceso gratuito a la justicia de los litigantes que, primero, dejaron de llamarse “pobres de solemnidad” o “miserables”, y, en segundo lugar, se les precisó el modo de tasación para graduar la pobreza a efectos procesales, que los posteriores gobiernos liberales endurecieron, dejando fuera del beneficio a gran cantidad de familias realmente humildes.

Mención particular, entiendo, que merecen dos elementos que cierran la obra con un excelente broche: el apéndice documental y la bibliografía. El apéndice documental complementa, como en las obras clásicas de Historia del Derecho, el trabajo, mostrando el elemento de investigación histórica, con la ilustración mediante la exposición de las fuentes que han permitido realizar el análisis jurídico de la institución en su momento histórico.

El Dr. Bádenas en este caso, incluye trece textos de acceso no siempre fácil, entre la maraña legislativa: primeramente, la Instrucción del Consejo de Estado de 1794 sobre papel sellado, aún en el ámbito de la Nueva Recopilación; una Resolución del Supremo Consejo de Guerra de 1799, difundida mediante Circular del Consejo de Castilla de 1800, tomada del Archivo Histórico Nacional; varios debates de las Cortes de Cádiz, de 1811, acerca de artículos del proyecto constitucional, alguna circular del Consejo de Castilla; informes de las universidades sobre los proyectos de codificación procesal,... En total, el investigador ha expurgado antiguas colecciones legislativas publicadas, la Gaceta de Madrid, así como el Archivo Histórico Nacional y el de la Comisión General de Codificación, lo que implica un trabajo minucioso y preciso, que, además, ha sido el que ha caracterizado sus anteriores publicaciones. En esta sección, lo que se echa en falta es un índice del apéndice documental, que facilite la consulta y permita una revisión conjunta de la documentación adjunta.

En perfecta serie, tras los documentos editados, se añade la relación bibliográfica. Ordenada de forma clásica, muy clara, distinguiendo entre literatura y diferentes tipos de fuentes jurídicas. Precisa con claridad encomiable los abundantes textos prelegislativos consultados, consistentes en debates parlamentarios, proyectos e informes institucionales para las reformas legales. Las docenas de fuentes normativas en las que se ha sumergido no se han limitado a la legislación general, a los grandes cuerpos legales de la Monarquía Española a finales del Antiguo Régimen, y a las posteriores que los sustituyeron, sino a las muchas que constan de carácter menor, administrativas, como circulares de los Consejos, y de órganos gubernativos inferiores posteriores (la Dirección General de Rentas, por ejemplo), que han permitido concretar la situación y aplicación del Derecho. Y la literatura consultada abarca toda la doctrina principal de finales del XVIII e inicios del siglo XIX. La brillantez de la obra se debe, en gran medida, a la exhaustividad de sus consultas.

A continuación, se ofrece la larga serie bibliográfica consultada, actualizada, y con atención a obras principales. Solo se me ocurre que podría haberse desplegado una visión más comparatista, con algunas consultas de obras paralelas en la literatura histórico-jurídica francesa, por ejemplo, o europea, en general, quizá hispanoamericana, que, aunque no pueda considerarse propiamente una carencia, sí que hoy en día es un elemento enriquecedor desde una perspectiva globalizadora.

Lo indicado sobre fuentes y bibliografía se relaciona con la abundancia de aparato crítico, con una citación nuevamente minuciosa, prolija y bien detallada, en la que hay que agradecer que el autor no haya sucumbido a la desgraciada “dictadura” del sistema de citación APA, tantas veces manifestación (aún impulsada por algunas instancias del dirigismo oficial académico) de un papanatismo uniformador y distorsionador de la investigación científica. Cada afirmación, cada paso queda sólidamente sustentado en unas notas a pie de página pertinentes y eficaces. Que la editorial, en este caso, se haya prestado a hacer ese esfuerzo, es digno de agradecer, puesto que muchas veces son exigencias económicas y de comodidad del editor las que exigen un sistema más “actual” que, sin mayor justificación, simplemente relega el número y volumen de las aclaraciones al pie.

Y de la edición, también hay que mencionar que en este caso la editorial madrileña Dykinson, bien conocida en el ámbito jurídico, ofrece en este caso una tipografía clara y fácil de leer, con una portada original, tomada de un grabado con la efigie del monarca cuyo reinado enmarca el estudio.

3. CONCLUSIONES FINALES, DESDE AMÉRICA

1. En primer lugar, hay que destacar que la obra escrita por el profesor Bádenas, tiene interés para el jurista, para el historiador y me atrevería, sin exageración, a reiterar otra consideración anterior: cabe considerarla como un modelo de investigación histórico jurídica (en especial en nuestro país, tan maltratado por los “modelos” oficiales de investigación, que la reducen a elementos formales y cuantitativos, a serie de citas a cuento o no). Se puede considerar que, a partir de un instituto jurídico concreto, la justicia gratuita, aparecen elementos pluridisciplinares, dentro del estudio de la Jurisprudencia: Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Procesal, Derecho Tributario, además de la Historia de las Ideas Políticas.

2. Aunque no hay referencias expresas a América, realmente el trabajo es también de interés en nuestro continente. El tiempo del estudio, es el tiempo de las luchas por la independencia y, entre tanto, las reformas en la Administración de Justicia en España, teóricamente también habrían de ser aplicables en los aún denominados reinos de Indias. Con carácter general, la legislación menos afectada por el cambio político (esta, la constitucional y, en parte, la penal) fue la civil y

procesal, y se continuó aplicando en las nuevas repúblicas, hasta que nuevas leyes al cabo de los años, no pocas veces de las décadas, fueran supliendo al Derecho Indiano por los derechos nacionales.

Las Cortes de Cádiz, desde luego, tuvieron presente a los reinos americanos españoles, con unas pretensiones de igualdad más discursivas que reales, conforme expresaba el decreto de 22 de enero de 1809, despachado por la Junta Central en España: "los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias no son propiamente colonias o factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la monarquía española" (Pereyra, 1989, p. 394).

Sin embargo, la coyuntura histórica se podría sospechar que no favoreciera la llegada de las pequeñas reformas sobre justicia gratuita hasta la Real Audiencia de Quito. Desde 1810 había comenzado un proceso de separación del gobierno de España, aunque fuera bajo el mismo rey, Fernando VII, ausente, con resultados inicialmente frustrados. Pero luego transcurrió la siguiente década de guerras civiles, que acabaría con la separación de los territorios americanos, parte de ellos agrupados en lo que después se conocerá como la Gran Colombia. Larrea hacía notar que, aunque entre 1809 y 1822, "en el país no se produce otra obra de creación jurídica, fuera de él, en las Cortes de Cádiz y en Colombia, se legisla y estos instrumentos legales tendrán vigencia en el futuro Estado o influencia en su vida legal" (Reig & Larrea, 2000, p. 221).

3. En cualquier caso, desde el Derecho Comparado y desde la Historia del Pensamiento Político esta breve investigación es dilucidadora. En ella se refleja el modelo tradicional de amparar a los desfavorecidos económicamente, y a otros muchos que eran equiparados con ellos presentaba como rasgos más problemáticos la dependencia del arbitrio judicial y el cargo de los costes de representación sobre los propios letrados. Pero parece que resultaba más beneficioso como garantía del acceso de todos a la justicia. Fernando VII y sus gobiernos realistas mantuvieron ese modelo. En cambio, el liberalismo primeramente intentó eliminar algunos de los efectos que tenía la declaración de pobreza, como los casos de Corte, hizo más rigurosos los requisitos para beneficiarse de ella y, en realidad, obedeció a un criterio contrario a su pervivencia, por atentar contra el axioma político de la igualdad de los ciudadanos.

Y frente a ese modelo tradicional, el liberal. Excede de las páginas del libro presentar cómo se desarrolló este en otros lugares (por ejemplo, los estudios clásicos para Gran Bretaña de Abel-Smith & Stevens, 1967, 1968). No era el objeto de estudio. Aunque habría ilustrado el contexto ofrecer una pincelada de cómo se trató la garantía del libre acceso a la justicia en otros sistemas. El modelo liberal más puro será el que pretenda que sean consultorías jurídicas gratuitas, y las actuaciones por bono, las que cubran las carencias de aquellos que carecen de medios económicos. En definitiva, dejan el acceso a la justicia de los desfavorecidos, al albur del altruismo o generosidad de un despacho profesional, con los problemas que se derivan de lo que pueda ocurrir en poblaciones pequeñas o en casos complejos que implicarían escaso prestigio y gran empleo de tiempo. Desde luego, ese modelo no se corresponde plenamente con la idea de un derecho humano de acceso a la justicia en igualdad de condiciones. En un salto en el tiempo, se puede recordar cómo en Ecuador, en otro extremo, se ha optado por un modelo fuertemente estatalizado, coherente con los planteamientos intervencionistas gubernamentales que se expresaron en la Constitución de 2008. Antes existían defensores de oficio (en 2007 eran una treintena), pero la realidad era que miles de presos se hallaban sin haber sido sentenciados (Defensoría Pública del Ecuador, web). El nuevo sistema depende enteramente del Estado.

4. Del libro se destaca, pues, su interés, primero, por la metodología: como análisis jurídico riguroso, con una dogmática bien construida y explicaciones muy claras, que hacen gala de un excelente uso de la lengua; y, en segundo lugar, por su propio contenido, innovador y enjundioso para la Historia del Derecho.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abel-Smith, B. and Stevens, R. (1968). *In Search of Justice: Law, Society and the Legal System*. Londres: Allen Lane The Penguin Press.

Abel-Smith B. and Stevens, R. (1967). *Lawyers and Courts*. Londres: Heinemann

Defensoría Pública del Ecuador [página web]. Reseña histórica. Disponible en: http://www.defensoria.gob.ec/index.php/defensoria-pu-

blica/quienes-somos/resena-historica Pereyra, Carlos (1989). Breve Historia de América. México: Editorial Patria, 5ª ed.

Reig Satorres, J. y Larrea Holguín, J. (2000). M*anual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Recibido: 18 de agosto de 2018

Aceptado: 6 de noviembre de 2018

Dr. Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, PhD: Docente titular de la Universidad de las Américas

Correo electrónico: jesusmaria.navalpotro@gmail.com

La Revista Facultad de Jurisprudencia (RFJ) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE es una publicación científica continua y semestral (Enero-Junio) (Julio-Diciembre) publicada por el Centro de Publicaciones y bajo el auspicio de la Dirección de Investigación de la Universidad. La modalidad de publicación continua cierra el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año. Sin embargo, la RFJ se encuentra abierta a recibir artículos a lo largo de todo el año. Su énfasis es el ámbito de lo jurídico y (entendido "prima facie" en un sentido teórico) su relación con otras disciplinas, saberes y ciencias. Puede utilizar el sistema de "especiales temáticos" en cualquiera de sus convocatorias. Aborda temas desde una perspectiva exegética, multi y transdisciplinar. Está dedicada al análisis crítico de la problemática nacional e internacional del derecho en todas sus áreas. Incluye artículos de investigación (científicos) y de forma alternativa revisiones, análisis de actualidad, resúmenes de investigaciones, recensiones de libros, notas de investigación, miscelánea y traducciones originales y/o divulgativas. La selección y evaluación de los documentos se realizada por al menos dos especialistas externos según la metodología de <<doble ciego>>, que mantiene el anonimato de autores y evaluadores. Por lo tanto, los artículos seleccionados para su publicación habrán: a) superado una preselección y revisión del equipo editorial; y b) cumplido con el sistema de revisión antes mencionado.





REVISTA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

ISSN: 2588-0837